"Die Abstandstheorie im Warenzeichenrecht"

---

von

Manfred Sperber

aus Sulzbach-Rosenberg/Opf.

1966

4063 m 75

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535725_0025

"DIE ABSTANDSTHEORIE IM WARENZEICHENRECHT"

Inaugural - Dissertation
der Juristischen Fakultät
der FRIEDRICH-ALEXANDER-UNIVERSITÄT
ERLANGEN-NÜRNBERG

vorgelegt von
Manfred Sperber
aus Sulzbach-Rosenberg / Opf.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Referent : Professor Dr. H. Hubmann

Tag der mündlichen Prüfung : 15.12.1966

Meiner lieben Frau

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

		Seite
Einleitung :		1
Erstes Kapitel :	Sachlicher Schutzbereich einer Warenbezeichnung	4
§ 1	Warenmäßiger Schutzbereich einer Warenbezeichnung	4
1)	Begriff der Warengleichartigkeit	5
2)	Beurteilungsmaßstäbe	6
§ 2	Zeichenmäßiger Schutzbereich einer Warenbezeichnung	7
1)	Begriff der Verwechslungsgefahr	8
a)	Gegenstand der Verwechslung	8
b)	Arten der Verwechslungsgefahr	9
2)	Kennzeichnungskraft und Verwechslungsgefahr	13
a)	Begriff der Kennzeichnungskraft	13
b)	Verwechslungsgefahr als Funktion der Kennzeichnungskraft	18
3)	Beurteilungsmaßstäbe	19
Zweites Kapitel:	Rechtliche Qualifikation und dogmatische Rechtfertigung der Abstandsrechtsprechung	22
§ 1	Die Erwägungen des BGH	22
1)	Die Gumax / Gumasol - Entscheidung	22
2)	Die ARCTUVAN / ARTESAN - Entscheidung	24
§ 2	Die Abstandsrechtsprechung im Spiegel der Literatur	26
§ 3	Eigene Stellungnahme	33
Drittes Kapitel:	Voraussetzungen einer Abschwächung der Kennzeichnungskraft	46
§ 1	Allgemeines	46

Seite

§ 2 Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines benutzten Warenzeichens 49
1) Schwächende Drittkennzeichen 49
2) Anforderungen an die Beschaffenheit der Drittkennzeichen 52
a) Untergang der Kennzeichnungskraft eines selbständig unterscheidenden Zeichenteiles 54
b) Untergang der Kennzeichnungskraft eines bestimmten Sinngehaltes 59
c) Abschwächung der Kennzeichnungskraft in klanglicher Hinsicht 61
d) Abschwächung der Kennzeichnungskraft in bildlicher Hinsicht 65
3) Tatsächlicher Gebrauch und Intensität des Gebrauchs der Drittkennzeichen 66
4) Anzahl der Drittkennzeichen 68
5) Zeitraum der Verwendung der Drittkennzeichen 73
6) Benutzungsgebiet der Drittkennzeichen 74
7) Warenmäßiger Verwendungsbereich der Drittkennzeichen 76

§ 3 Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines unbenutzten Warenzeichens 82
1) Abschwächung durch benutzte Drittkennzeichen 84
2) Abschwächung durch unbenutzte Drittkennzeichen 85

§ 4 Abschwächung der Kennzeichnungskraft einer Warenausstattung 87

Viertes Kapitel: Aussage und Anwendungsbereich des Abstandsgrundsatzes 93

§ 1 Allgemeines 93

§ 2 Inhalt des Abstandsgrundsatzes 99

Seite

§ 3 Abstandsgrundsatz und Verwechslungsgefahr im engeren und weiteren Sinn 110
1) Abstandsgrundsatz und Verwechslungsgefahr im engeren Sinn 110
a) Zeichenverwechslungsgefahr 110
b) Betriebsverwechslungsgefahr ohne Zeichenverwechslung 111
2) Abstandsgrundsatz und Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn 112

Fünftes Kapitel: Praktische Handhabung der Abstandstheorie 113

§ 1 Die Abstandstheorie im Kollisionsprozeß 113
1) Allgemeines 113
2) Schlüssigkeit des Abschwächungseinwandes 113
3) Beweislast 116

§ 2 Die Abstandstheorie im Widerspruchsverfahren 118
1) Widerspruchsverfahren vor dem Deutschen Patentamt 118
2) Widerspruchsverfahren vor dem Bundespatentgericht 120

§ 3 Schlußbetrachtung 121

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

1) Kommentare, Lehrbücher, Monographien

Bachem, Josef Peter

Die Verwechslungsgefahr im Wettbewerbsrecht
Dissertation, Köln 1956

Baumbach, Adolf

Kommentar zum Wettbewerbsrecht
Berlin 1929

Baumbach - Hefermehl

Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht
8. Auflage, München, Berlin 1960

Becher, Carl

Warenzeichengesetz und internationale Markenregistrierung
Berlin 1931

Benkard, Georg

Patentgesetz
4. Auflage, München, Berlin 1963

Busse, Rudolf

Warenzeichengesetz
3. Auflage, Berlin 1960

Bussmann, Kurt

Name, Firma, Marke
Berlin 1937

Bussmann - Pietzcker - Kleine

Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
3. Auflage, Berlin 1962

Callmann, Rudolf

Der unlautere Wettbewerb
2. Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932

Daniels, Heinz Adolf

Warenzeichen - Verwechselbarkeit
2. Auflage, München, Köln, Berlin 1960

Elsaesser, Martin

Der Rechtsschutz berühmter Marken
Weinheim 1959

Finger, Christian

Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12.5.1894
3. Auflage, Berlin 1926

Freund-Magnus-Jüngel

Das deutsche Warenzeichenrecht, II. Teil
6. Auflage, Berlin, Leipzig 1933

Die Geschäftstätigkeit des Kaiserlichen Patentamtes
Berlin 1902

Godin-Hoth

Wettbewerbsrecht
Berlin 1957

Hagens, Alfred

Warenzeichenrecht
Berlin, Leipzig 1927

Hubmann, Heinrich

Gewerblicher Rechtsschutz
München, Berlin 1962

Köhler, Walter

Verwechslungsgefahr im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht
Berlin 1933

Lang, Helmut

Der Schutz der notorisch bekannten Marken im deutschen und internationalen Warenzeichenrecht
Dissertation, Mainz 1953

Merz, Krafft-Eberhard

Der Motivschutz im Warenzeichenrecht
Dissertation, Erlangen 1960

Miosga, Willy

Verwechslungsgefahr
München 1958

Warenzeichenrecht in neuerer Sicht
München 1962

Müller, Alexander

Die Nachahmung fremder Warenausstattung
Dissertation, Köln 1935

Müller-Henneberg, Schwartz

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1964

Obermüller, Karl-Heinz

Zur Frage der freien Übertragbarkeit des Warenzeichens
Dissertation, Tübingen 1956

Osten, von der Horst

Die Verkehrsgeltung im Warenzeichen und Wettbewerbsrecht und ihre Feststellung im Prozeß
München, Köln, Berlin, Bonn 1960

Pinzger

Das deutsche Warenzeichenrecht
2. Auflage, München, Berlin 1937

Pinzger, Heinemann

Das deutsche Warenzeichenrecht
Berlin 1926

Reimer, Eduard

Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht
3. Auflage, Köln, Berlin 1954

Rhenius

Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894
2. Auflage, Berlin 1908

Richter, Bruno

Warengleichartigkeit
München, Köln, Berlin 1954

Rosenberg, Leo

Lehrbuch des Deutschen Zivilprozesses
9. Auflage, München, Berlin 1961

Rosenthal, Alfred

Wettbewerbsgesetz
8. Auflage, Berlin 1930

Rudert, Joachim

Die Verwechslungsgefahr im engeren und im weiteren Sinne im Warenzeichenrecht
Dissertation, Köln 1959

Rüffer, Joachim

Zur Abgrenzung des Schutzbereiches schwacher Warenzeichen
Dissertation, Hamburg 1960

Schmieder, Carl-Heinz

Schwache Warenzeichen
Dissertation, Leipzig 1933

Schramm, Carl

Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts
Berlin, Köln 1954

Seligsohn, Arnold

Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen
3. Auflage, Berlin, Leipzig 1925

Staden v.

Verwechslungsgefahr im gewerblichen Rechtsschutz
Dissertation, Köln 1938

Tetzner, Heinrich

Kommentar zum Warenzeichengesetz
Heidelberg 1958

Turegg - Kraus

Lehrbuch des Verwaltungsrechts
4. Auflage, Berlin 1962

Utescher, Wolfgang

Warenzeichenmäßiger Gebrauch der im Geschäftsverkehr üblichen Angaben
Dissertation, Hamburg 1959

Ulmer, Eugen

Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb in ihrer Fortbildung durch die Rechtsprechung
Berlin 1929

Wegener, Friedrich Wilhelm

Der Einfluß des Sinngehaltes eines Warenzeichens auf den Schutzbereich
Dissertation, Hamburg 1963

Weigand, Günther

Die Verwechslungsfähigkeit nach dem Firmen- und Warenzeichenrecht
Dissertation, Göttingen 1935

Winter, Franz

Die Warengleichartigkeit im Warenzeichenrecht
Dissertation, Heidelberg 1958

2) Aufsätze

Becher, Hans

Verwechslungsgefahr nach dem Wortsinn der Warenzeichen
GRUR 1961,120 ff.

Benkard, Georg

Starke und schwache Zeichen
GRUR 1952,311 ff.

Dietze, Ernst

Zum Begriff der Verwechslungsgefahr
GRUR 1949,321 ff.

Harder, von Hermann

Zeichenschwäche auf Grund Verwässerung und Wahl des Zeichens
GRUR 1964,299 ff.

Hubbuch, H.

Der Schutz von Bildzeichen
GRUR 1960,283

Köhler, Walter

Unterscheidungskraft
GRUR 1950,117 ff.

Kraft

Annäherungen und Abweichungen zweier Zeichen und ihr Einfluß auf die Verwechslungsgefahr
GRUR 1959,118 ff.

Kreisler, von

Zum Gumax/Gumasol-Urteil des BGH
Mitt. 1956,147ff.

Leo, Hans-Christoph

Kritische Gedanken zur Abstandsrechtsprechung des BGH
GRUR 1963,607 ff.

Lieberwirth, Ralf

Die schriftbildliche Verwechslungsgefahr in der Rechtsprechung
GRUR 1956,198 ff.

Medinger, Harald

Gedanken zum patentamtlichen Verfahren in Zeichensachen
GRUR 1956,303 ff.

Metzen, von

Zeichenschutz an Beschaffenheitsangaben
GRUR 1956,103 ff.

Miosga, Willy

Wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte im patentamtlichen Widerspruchsverfahren
MA 1956,337 ff.; 392 ff.

Neuere Rechtsprechung des Deutschen Patentamtes zur Verwechslungsgefahr in Warenzeichensachen
MA 1957,654 ff.

Die in Kauf zu nehmende Verwechslungsgefahr
Mitt. 1958,1 ff.

Die Verwechslungsgefahr in der neue-sten Rechtsprechung des Deutschen Patentamtes
Mitt. 1958,185 ff.

Interessenabwägung im Zeichenrecht
Mitt. 1959,288 ff.

Neuere Rechtsprechung des Deutschen Patentamtes in Warenzeichensachen
MA 1959,370 ff.

Querschnitt durch aktuelle Probleme des Zeichenrechts
GRUR 1961,266

Reimer, Eduard

Motivzeichen und motivlose Zeichen
Starke und schwache Zeichen

MuW 1930,344 ff.

Wichtige Interessenausgleichsfragen im Patent- und Warenzeichenrecht und ihre Behandlung durch die Rechtsprechung
GRUR 1931,447 ff.

Rüffer, Joachim

Schwache Warenzeichen
GRUR 1961,212 ff.

Schade, Hans

Inwieweit kann das Patentamt im Erteilungsverfahren den Schutzumfang eines Patentes bestimmen
GRUR 1958,1 ff.

Schlüter, Franz

Vertragliche Rechte im patentgerichtlichen Warenzeichenverfahren
MA 1964,83 ff.

Gedanken zur Entlastung der Warenzeichensenate des BPatG
MA 1965,147 ff.

Schramm, Carl

Der Schutzumfang
GRUR 1950,397 ff.

Schricker, Gerhard

Die Berufung auf ältere Marken Dritter
GRUR Ausl.Teil 1965,285 ff.

Tetzner, Heinrich
Neue Markenformen
GRUR 1951,66 ff.

Utescher

Die patentamtliche Rechtsprechung in Warenzeichensachen
GRUR 1930,358 ff.

Wedekind

Zur Rechtsprechung über schwache Warenzeichen
GRUR 1928,677 ff.

Wilde, Günther
Grundsätze der bundesgerichtlichen Wettbewerbsrechtsprechung
MA 1956,506 ff.

Zimmermann

Der Wortlaut des Gesetzes im Spiegel höchstrichterlicher Rechtsprechung
NJW 1956,1262 ff.

3) Zeitschriften - Entscheidungssammlungen

Bl.	Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BPatGerE	Entscheidungen des Bundespatentgerichtes
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Ausl.	Auslands- und internationaler Teil von gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
JW	Juristische Wochenschrift
MA	Der Markenartikel
Mitt.	Mitteilungen der deutschen Patentanwälte
Mitt.Bl.	Mitteilungsblatt der deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz u. Urheberrecht
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

4) Abkürzungen

BPatG	Bundespatentgericht
DPA	Deutsches Patentamt
E 2b BS DPA	Entscheidung des 2b Beschwerdesenats des Deutschen Patentamtes
E 2a BS DPA	Entscheidung des 2a Beschwerdesenats des Deutschen Patentamtes

EINLEITUNG :

Die Bedeutung des Warenzeichenrechts ist mit der allgemeinen Wirtschaftsentwicklung eng verknüpft. Das ständige Anwachsen des Warenangebotes, seine zunehmende Differenzierung, sowie die wachsende Zahl gleiche Waren herstellender oder vertreibender Unternehmer zwingen den einzelnen in verstärktem Maße, die Kennzeichnungsmöglichkeiten und den Schutz des Warenzeichenrechts zur Unterscheidung seiner Waren von den Waren der Konkurrenz auszunutzen. Die Zahl der in der Zeichenrolle eingetragenen Warenzeichen und der innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen der Ware eines bestimmten Gewerbetreibenden anerkannten Warenausstattungen nahm in den letzten Jahrzehnten in einer stark ansteigenden Kurve zu.

Der Zunahme an Warenkennzeichnungen steht die Abnahme der Gestaltungsmöglichkeiten für neue Kennzeichen gegenüber. Warenzeichen oder zur Verkehrsdurchsetzung bestimmte Warenausstattungen treten heute bei der Anmeldung oder beim Erscheinen im Wirtschaftsverkehr nur noch selten in einen nach allen Seiten hin freien Raum. Mehr oder weniger große Annäherungen an älteren Zeichen - oder Ausstattungsbesitz sind fast stets zu verzeichnen [1].

Viele Warenklassen weisen sogar nur geringfügig voneinander abweichende Warenzeichen und Warenausstattungen auf. Der großzügige Abschluß von Abgrenzungsabkommen [2], unklare Vorstellungen der Zeichen - und Ausstattungsberechtigten über den Schutzbereich ihrer Kennzeichnungsmittel, eine oft mangelhafte Kennzeichenverteidigung und sorglose Zeichenwahl trugen zur Entstehung dieses Zustandes bei.

---

1) Vgl. MIOSGA, Warenzeichenrecht, S.72, 108;
2) Regelung der unterschiedlichen Interessen, die sich aus einem bereits erfolgten oder erwarteten Zusammenstoß zweier Konkurrenzzeichen ergeben können (MIOSGA, Warenzeichenrecht, S.175)

Diese Entwicklung blieb auf die Beurteilung warenzeichenrechtlicher Kollisionsfälle nicht ohne Einfluß. Der BGH beschäftigte sich bereits frühzeitig [3] mit der Kennzeichnungskraft derartiger Warenbezeichnungen und stellt in ständiger Rechtsprechung [4] heraus, " daß dem Zeicheninhaber kein Anspruch auf einen weitergehenden Abstand der Konkurrenzzeichen von seinem Zeichen zugestanden werden kann, als er ihn selbst mit seinem Zeichen von anderen Zeichen gewählt oder gewahrt hat ".

Diese durch scheinbare Einfachheit bestechende und in der Rechtslehre nach ihrem Inhalt als " Abstandsrechtsprechung " [5], " Abstandstheorie " [6], und " Zirkeltheorie " [7] bezeichnete Rechtsprechung bildet den Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung.

Obwohl für die Praxis von größter Bedeutung, hat die " Abstandstheorie " im Schrifttum noch keine systematisch und methodisch geschlossene Darstellung erfahren. Vereinzelte und in keiner Weise erschöpfende Deutungen aber zeigen, daß die " Abstandstheorie " nicht frei von Meinungsverschiedenheiten ist. Die rechtliche Qualifikation und dogmatische Rechtfertigung der BGH - Rechtsprechung sind umstritten. Darüber hinaus sind die Voraussetzungen ihrer Anwendbarkeit ungeklärt. Verschieden beurteilt wird ferner der eigentliche Inhalt der " Abstandstheorie ". Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit diesen Fragen. Außerdem wird die praktische Handhabung der Abstandstheorie im Kollisionsprozeß und Widerspruchsverfahren zu behandeln sein.

Zunächst sind jedoch einige Ausführungen über den sachlichen Schutzbereich einer Warenbezeichnung er-

---

3) Vgl. E.v. 15.2.1952 GRUR 1952, 419 (420)-Gumax-;
4) Vgl. u.a. GRUR 1952,419 (420) -Gumax-; 1954,192 (193) -Dreikern-; 1955,415 (417) -Arctuvan-; 1957,275 -Star-Revue-; 1959,420 (421) -Opal-;
5) MIOSGA, MA 1957, 654 (660);
6) HUBMANN, S. 228; MIOSGA, Warenzeichenrecht,S.152
7) BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG, Anm. 67

forderlich. Denn eine Auseinandersetzung mit der Abstandsrechtsprechung ist nur auf der Grundlage und unter Heranziehung der im Bereich des sachlichen Schutzumfanges bedeutsamen und leider nicht immer einheitlich gebrauchten Begriffe möglich. Insoweit ist also ein fester Boden für unsere Untersuchungen herauszuarbeiten.

ERSTES KAPITEL :

Sachlicher Schutzbereich einer Warenbezeichnung

Das Warenzeichengesetz gibt dem prioritätsälteren Inhaber eines eingetragenen Warenzeichens oder einer im Verkehr als Kennzeichen einer Ware durchgesetzten Ausstattung die Möglichkeit, die Verwendung einer gleichen oder verwechslungsfähigen Bezeichnung zur Kennzeichnung gleicher oder gleichartiger Waren zu unterbinden [1]. Dieser durch die Begriffe Warengleichartigkeit und Verwechslungsgefahr bestimmte Abwehrbereich wird allgemein als sachlicher Schutzbereich [2], vielfach auch als sachlicher Schutzumfang [3] bezeichnet [4]. Er umfaßt demnach den warenmäßigen und zeichenmäßigen Schutzbereich einer Warenbezeichnung.

§ 1 Warenmäßiger Schutzbereich einer Warenbezeichnung

Der sachliche Schutzbereich einer Warenbezeichnung wird hinsichtlich der einzubeziehenden Waren von dem Warenverzeichnis, für das ein Warenzeichen eingetragen ist, bzw. von dem Waren, die der Verkehrsgeltung einer Ausstattung zugrunde liegen, bestimmt. Der Schutz umfaßt die in dem Warenverzeich-

1) Vgl. §§ 5, 11, 15, 24, 25, 31 WZG
2) Statt vieler : REIMER, Komm. Vorbem. zu Kap. 13 - 18;
3) Die Worte Schutzbereich und Schutzumfang finden als Synonyma Verwendung. Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG, Anm. 6 u.67; REIMER,Komm. Kap.4 Anm. 19 u. Kap. 13 Anm.1;
SCHADE, GRUR 1958, 1 ff ist die sprachliche Ungenauigkeit der Gleichsetzung zuzugeben. Schutzbereich und Schutzumfang stehen im selben Verhältnis wie Kreisinhalt und Kreisumfang. Man hat sich aber daran gewöhnt, daß das Wort Schutzumfang zur Bezeichnung der Grenzlinie des Schutzbereichs sowie des Schutzfeldes selbst Verwendung findet.
4) Die Schutzwirkungen einer Warenbezeichnung sind weiter in räumlicher und zeitlicher Hinsicht zu unterscheiden (Vgl. REIMER,Komm. Kap.13 u.18)

nis aufgeführten [5], bzw. der Verkehrsgeltung zugrunde liegenden und die diesen gleichartigen Waren. Dabei ist es ohne Belang, ob die betreffende Warenkennzeichnung bereits für gleichartige Waren benutzt wird, oder überhaupt benutzt werden soll [6].

1) Begriff der Warengleichartigkeit

Der für die späteren Untersuchungen bedeutsame Begriff der Warengleichartigkeit ist im WZG nicht definiert. Er ist daher aus dem Sinn und der Struktur des WZG abzuleiten.
Eine Warenbezeichnung verfolgt den Zweck, die Waren des Kennzeichenberechtigten von den Waren anderer abzuheben, sie herkunftsmäßig zu unterscheiden [7]. Diese Funktion der Warenkennzeichnung ist verletzt, wenn die in Betracht kommenden Verkehrskreise Waren, die aus anderen Geschäftsbetrieben stammen, irrtümlich für Waren des Kennzeichnungsberechtigten halten. Aus diesem Grunde ist der Zeicheninhaber nicht schlechthin gegen den Gebrauch einer gleichen oder verwechslungsfähigen Warenbezeichnung geschützt, sondern nur dann, wenn zu besorgen ist, daß die beteiligten Verkehrskreise die den Vergleichszeichen zugrunde liegenden Waren als Erzeugnisse ein und desselben Geschäftsbetriebes ansehen. Das WZG bringt dies mit dem Begriff der Warengleichartigkeit zum Ausdruck.
Waren sind demnach gleichartig, wenn es der in Frage kommende Personenkreis nicht für ausgeschlossen hält, daß sie gemeinsam aus dem Betrieb stammen, auf den die geschützte Warenbezeichnung hinzuweisen

5) Es wird unterstellt, daß die in der Zeichenrolle eingetragenen Waren vom Zeicheninhaber auch tatsächlich geführt werden. Die für die vorliegende Arbeit nicht interessierende Frage der Bewertung von Vorrats - und Defensivwaren ist damit ausgeschaltet.
6) Vgl. RGZ 108,34 (37) -Hammerträger-;
7) Vgl. §§ 1 und 25 WZG

scheint [8].

2) Beurteilungsmaßstäbe

Von der vorstehenden Auslegung des Begriffes sind die Kriterien, die im Einzelfall einen Schluß auf die Warengleichartigkeit der einander gegenüberstehenden Waren ermöglichen, zu unterscheiden [9].

Für die vorliegende Arbeit ist insoweit festzuhalten, daß die Verkehrsauffassung über die Warenherkunft durch die wirtschaftliche Bedeutung, die Verwendungsweise und die regelmäßigen Fabrikations - und Verkaufsstätten der betreffenden Waren [10], nicht aber durch deren Stoff und Herstellungsart [11] bestimmt wird. Die Beurteilung der Frage der Waren-

8) Vgl. WINTER,S.40 ;
Der vom RG (GRUR 1940,568 (570) -Anusol-), von der älteren Spruchpraxis des DPA (vgl. E 2 BS v. 27.1.54 GRUR 1954,166 (167)) und vom älteren Schrifttum (statt vieler : HAGENS, § 5 Anm.5) vertretene " relativierte Gleichartigkeitsbegriff ", d.h. die Abhängigkeit der Warengleichartigkeit von der zeichenmäßigen Nähe der Warenbezeichnungen und dem Grad ihrer Verkehrsdurchsetzung, ist allgemein aufgegeben (vgl. u.a. BGH GRUR 1956, 172 (174) -Magirus-; 1957, 125 (127) -Troika-; 1958,339 (340) -Technika-; E 2b BS DPA v. 31.5.57 Mitt. 1957,138; v. 9.12. 1957 Mitt. 1958,52; v. 25.5.60 Mitt. 1960,245 ; BUSSE, § 5 Anm. 10 ; TETZNER, § 5 RdNr. 28;

9) WINTER,S.2, 38, 39;
Vielfach werden in die Definition des Begriffes auch Merkmale aufgenommen, die allenfalls als Anhaltspunkte zur Ermittlung der Gleichartigkeit dienen können. Vgl. u.a. BGH GRUR 1961,343 (344) -Meßmer Tee-; 1963,524 (525) -Digesta-. Diese Vermengung führte bisweilen zu der unhaltbaren Feststellung, daß die Warengleichartigkeit kein feststehender Begriff sei, es vielmehr auf die Besonderheit des Einzelfalles ankomme. Siehe FREUND-MAGNUS-JÜNGEL,S.351; SELIGSOHN, § 5 Anm.3a; BUSSE, § 5 Anm. 10;

10) h.M.; Vgl. u.a. BGH GRUR 1956,172 (174) -Magirus-1957,125 (126) -Troika-; 1958,339 (340) -Technika-; 1961,343 (344) -Meßmer Tee-; 1963,524 (525) -Digesta-; E 2b BS DPA v. 22.6.54 GRUR 1955,58; BPatGerE 5,204 (205); REIMER, Komm. Kap.15,Anm.2 ; TETZNER, § 5 RdNr.27 ;

11) Vgl. u.a. RGZ 72,146 (148) -Maizena-; RG GRUR 1930,440 (441) -Goldkrone-; REIMER, Komm. Kap. 15,Anm. 2;

gleichartigkeit ist demnach entscheidend davon abhängig, ob sich die betreffenden Waren in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und Verwendungsweise nahekommen, ob sie üblicherweise in den gleichen Betrieben hergestellt zu werden pflegen und ob sie in den gleichen Herkunftsstätten zusammentreffen [12]. Einschränkend ist allerdings darauf hinzuweisen, daß diese Berührungspunkte für die Bejahung der Warengleichartigkeit weder kumulativ erforderlich noch alternativ genügend sind [13].
Waren, die auf die gleiche Fabrikationsstätte zurückzuführen sind, stimmen nach der Lebenserfahrung nur selten in allen genannten Anhaltspunkten überein. Andererseits reicht z.B. ein Zusammentreffen der Waren in der gleichen Verkaufsstätte nicht schon schlechthin zur Bejahung ihrer Gleichartigkeit aus [14]. Der Verkehr ist daran gewöhnt, daß in derselben Verkaufsstätte Waren verschiedenster Hersteller für verschiedene Bedürfnisse derselben Verbraucherschaft angeboten werden.
Die hier im Hintergrund stehende Frage, in welchem Grade die genannten Berührungspunkte für die Meinungsbildung des Verkehrs ausschlaggebend sind, kann und muß in der vorliegenden Untersuchung auf sich beruhen [15].

§ 2 Zeichenmäßiger Schutzbereich einer Warenbezeichnung

Der zeichenmäßige Schutzbereich einer Warenbezeichnung wird durch § 31 WZG und damit durch den Begriff der Verwechslungsgefahr bestimmt. Wie später ersichtlich, kann eine Auseinandersetzung mit der " Abstandstheorie " gerade auf eine nähere Darstellung dieses Schutzbereiches, sowie der hier maßgeblichen Begriffe und Grundsätze nicht verzichten.

---

12) Vgl. HUBMANN, S. 205;
13) REIMER, Komm. Kap. 15 Anm. 2;
14) RG GRUR 1930,440 (441) -Goldkrone-; BGH GRUR 1958,393 -Ankerzeichen-; 1959,25 (26) -Triumph-;
15) Vgl. hierzu WINTER,S. 46 ff; Einzelfälle der Warengleichartigkeit : BAUMBACH-HEFERMEHL, § 5 WZG Anm. 21 ff; Zur Praxis des DPA : RICHTER;

1) Begriff der Verwechslungsgefahr

a) Gegenstand der Verwechslung

Nach § 31 WZG wird die Anwendung der Bestimmungen dieses Gesetzes weder durch " Verschiedenheit der Zeichenform noch durch sonstige Abweichungen " ausgeschlossen, sofern trotzdem die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr vorliegt.

Ein Teil der Rechtslehre leitet hieraus ab, daß allein die Warenbezeichnung als solche den Gegenstand der Verwechslung bildet [16].

Diese Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen. So ist es bereits zweifelhaft, ob sich diese Auffassung aus dem Wortlaut des § 31 WZG zwingend ergibt [17]. Überdies wird übersehen, daß der Wortlaut bei der Auslegung einer Norm lediglich ein Indiz unter Indizien darstellt und es entscheidend auf den Sinn und den Zweck des Gesetzes ankommt [18].

Eine Warenbezeichnung verfolgt den Zweck, die Ware des Kennzeichenberechtigten von den Waren anderer herkunftsmäßig zu unterscheiden. Sie ermöglicht dem Verkehr, die angebotene Ware nach ihrer Herkunft zu erkennen, zu vergleichen und zu bewerten. Es ist ihre Aufgabe, außerhalb ihrer selbst liegende Dinge zu unterscheiden [19]. Die Warenbezeichnung kann niemals Selbstzweck sein [20].

Aus dieser Funktion der Warenbezeichnung folgt, daß sie nicht um ihrer selbst willen geschützt wird [21]. Gegenstand der Verwechslung ist demnach allein die Herkunftsstätte der Ware. Der über-

16) Vgl. u.a. KIRCHBERGER, JW 1932,1904 zu § 20 WabezG; DIETZE, GRUR 1949, 321 ff ; LANG,S.60; RUDERT,S. 75;
17) Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, Komm. § 31 WZG Anm. 7; ELSASSER, S. 18; BACHEM, S. 22; OSTEN, S. 76;
18) ZIMMERMANN, NJW 1956,1262 ff;
19) BACHEM, S. 29;
20) CALLMANN, S. 33;
21) BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG Anm. 7;

wiegende Teil des Schrifttums [22] und die Rechtsprechung [23] gehen daher zutreffend davon aus, daß durch § 31 WZG die Herkunftsstätte der Ware vor Verwechslungen geschützt wird [23a].

b) Arten der Verwechslungsgefahr

Rechtslehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen Verwechslungsgefahr im engeren und im weiteren Sinn.

aa) Verwechslungsgefahr im engeren Sinn

Eine Verwechslungsgefahr im engeren Sinn liegt vor, wenn im Verkehr auf Grund der Ähnlichkeit zweier Warenbezeichnungen der Anschein erweckt wird, daß die so gekennzeichneten Waren aus demselben Unternehmen stammen [24].

Diese Gefahr der Verwechslung der Herkunftsstätten kann nun einerseits durch die Gefahr der Verwechslung der Warenbezeichnungen hervorgerufen werden [25].

Wenn das Publikum beispielsweise das Warenzeichen A einer Ware irrtümlich für die Warenbezeichnung B einer anderen Ware hält, schreibt es die Herkunft der mit dem Warenzeichen A gekennzeichneten Ware einem falschen Unternehmen zu.

Andererseits ist eine Gefahr der Verwechslung der Herkunftsstätten auch ohne die Gefahr einer Zeichenverwechselbarkeit möglich. Zeichenverwechslungsgefahr und Betriebsverwechslungsgefahr bedingen sich nicht gegenseitig. Eine Verwechslungsgefahr im engeren Sinn liegt auch dann vor, wenn

---

22) Vgl. u.a. REIMER, Komm. Kap. 14 Anm. 3; BUSSE, § 31 Anm. 4,1; BAUMBACH-HEFERMEHL, a.a.O.; BACHEM, S.25; ELSAESSER, S. 19; RUDERT, S. 79;

23) RG JW 1929,3066 (3068) -Grenzquell-; BGH GRUR 1957, 488 (490) -MHZ-; E 2b BS DPA v.26.11.54 Mitt.1955,3;

23a) Vgl. auch den Wortlaut des § 8 Abs.1 S.2 WZG;

24) Vgl. u.a. RG MuW 1931,517 (519) -4711-; BGH GRUR 1957,488 (490) -MHZ-; 1959,420 (422) -Opal-; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG Anm. 9; TETZNER,§31 RdNr. 9; Die Verwechslungsgefahr i.e.S. wird teilweise auch als unmittelbare Verwechslungsgefahr bezeichnet : vgl. BGH GRUR 1957,281 (283) -Karo-as-;

25) Siehe BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG Anm. 7 u.9; BGH GRUR 1957,435 (436,437) -Eucerin-;

das Publikum zu der Annahme verleitet wird, daß die Waren aus verschiedenen Niederlassungen desselben Unternehmens kommen, oder daß es sich um verschiedene Warensorten desselben Unternehmens handelt [26].

Der Verkehr, der z.B. die Verschiedenheit zweier Warenbezeichnungen C und D bemerkt, infolge ihrer Ähnlichkeit aber irrig annimmt, daß die gekennzeichneten Waren aus verschiedenen Niederlassungen desselben Unternehmens stammen oder daß die mit dem Warenzeichen D versehene Ware ebenfalls aus dem Betrieb kommt, der das Erzeugnis mit der Warenbezeichnung C herstellt, verwechselt ebenfalls die Herkunftsstätten der betreffenden Waren.

Erfahrungsgemäß ist eine derartige Verkehrsauffassung auch in zwei Fällen anzunehmen : Einmal, wenn die eine Warenbezeichnung in der anderen vollständig enthalten ist und hier als selbständig kennzeichnender Teil in Erscheinung tritt [27]. Zum anderen, wenn beide Warenbezeichnungen den gleichen oder wesensgleichen [28] Stammbestandteil in

---

26) Siehe die Entscheidungen in Anm. 24 ;
Das RG hat diese Fälle zunächst zur Verwechslungsgefahr i.e.S. gezählt (RG MuW 1931,517 (519) -4711-); später zur Verwechslungsgefahr i.w.S. (RG GRUR 1940,564 (566)). Der BGH hat die ältere RG-Rechtsprechung fortgeführt(vgl. Anm. 24). Dem ist beizupflichten, da der Verkehr sowohl bei dieser Fallgruppe als auch bei der Zeichenverwechselbarkeit irrtümlich eine Unternehmensidentität annimmt.
In der Spruchpraxis des DPA wird dieser 2.Fall der Verwechslungsgefahr i.e.S. auch vielfach als mittelbare Verwechslungsgefahr bezeichnet: Vgl. u.a. E 2b BS DPA v.10.11.55 Mitt. 1956,90; v. 17.10.56 Mitt. 1957,32; v. 21.12.59 Mitt. 1960, 37; Vgl. auch BPatGerE 5,60 -Acella-;

27) Vgl. E 2b BS DPA v. 17.10.56 Mitt. 1957,32; v. 23.5.57 Mitt. 1957,140; BPatGerE 3,205 (206);

28) Falsche Rückschlüsse auf den gleichen Geschäftsbetrieb sind zu befürchten, wenn die betreffenden Stammbestandteile identisch oder so ähnlich sind, daß sie vom Publikum ohne weiteres für identisch angesehen werden (wesensgleich). Vgl. u.a. E 2b BS DPA v.20.12.56 Mitt. 1957, 139; v.8.5.58 Mitt. 1958,199 (200);

Verbindung mit abweichenden Vor - oder Nachsilben aufweisen [29] und dieser Stammbestandteil für die Betriebsstätte des rangbesseren Benutzers Hinweischarakter besitzt [30].

bb) Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn

Eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn liegt vor, wenn durch die Ähnlichkeit [31] zweier Warenbezeichnungen der Anschein erweckt wird, daß zwischen den Unternehmen der Kennzeichenberechtigten besondere wirtschaftliche Beziehungen oder engere organisatorische Zusammenhänge bestehen [32].

Im Schrifttum wird zwar wiederholt bezweifelt, daß bei diesem Tatbestand noch eine Verwechslung der Herkunftsstätten i.S. des § 31 WZG vorliegt [33]. Dabei wird aber übersehen, daß das Publikum auch

---

29) Siehe E 2b BS DPA v. 28.3.55 Mitt. 1955,154; v. 23.5.57 Mitt. 1957, 140; v. 10.7.57 Mitt. 1957,193 (194);

30) Vgl. BGH GRUR 1961,347 (350) -Almglocke-; 1962, 522 (523) -Ribana-; BPatG Mitt. 1964,237; Das DPA spricht vom " eigentlich kennzeichnenden Merkmal " vgl. u.a. E 2b BS v. 20.7.55 Mitt. 1956,29; v. 6.12.56 Mitt. 1957,207;

31) Vgl. u.a. BGH GRUR 1957,488 (490) -MHZ-; Eine nähere Bestimmung dieser Ähnlichkeit ist in allgemeingültiger Weise nicht möglich. Das RG und der BGH haben davon abgesehen, eine Verwechslungsgefahr i.e.S. zu verneinen und gleichzeitig eine Verwechslungsgefahr i.w.S. zu bejahen. Vgl. RUDERT, S. 56 ff m.w.N. sowie BGH GRUR 1952,35 (37) -Widia-; 1954,123 (125) -NSU-Fox-; 1955,579 (584) -sunpearl-; 1956, 183 (185) -Dreipunkt-; 1959,360 (362) -Elektrotechnik-; 1959,599 (602) -Teekanne-; Der BGH sieht in diesen Entscheidungen " zumindest " eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn als gegeben an.

32) Siehe u.a. BAUMBACH-HEFERMEHL, § 5 WZG Anm. 9, § 31 WZG Anm. 12; TETZNER, § 31 RdNr. 8 ff; Nach st. Rechtsprechung des RG und des BGH ist der Begriff der Verwechslungsgefahr für alle gewerblichen Kennzeichen derselbe und die Verwechslungsgefahr i.w.S. sowohl bei § 31 WZG (§ 20 WabezG) als auch bei § 16 UWG zu beachten : vgl. u.a. RG MuW 1932,76 (79) -Löwenbräu-; 1932,298 (300) -Terranova-; RGZ 170,265 (272) -Hä u. Co.-; BGH GRUR 1952,35 (37) -Widia-; 1954,123 (125) -NSU-Fox-; 1955,95 (96) -Buchgemeinschaft-; 1957,29 (31) -Spiegel-;

dann über die Herkunftsstätte einer Ware irrt, wenn es zwar erkennt, daß die sich gegenüberstehenden Waren nicht aus einem Unternehmen stammen, aber fälschlich annimmt, daß das eine Unternehmen auf die Herstellung und den Vertrieb der Waren des anderen Einfluß hat [34]. Der Verkehr rechnet in diesem Fall die Ware wirtschaftlich einem falschen Unternehmen zu [35]; er überträgt die Beschaffenheit und Qualität der einen Ware auf die andere. In seinen Augen stellt das einflußnehmende Unternehmen letztlich auch die Herkunftsstätte der aus dem anderen Unternehmen stammenden Waren dar.
Diese Verkehrsauffassung wird aber gerade durch die Annahme besonderer wirtschaftlicher Beziehungen oder enger organisatorischer Zusammenhänge zwischen den Unternehmen der Kennzeichenberechtigten ausgelöst. Sie ist z.B. gegeben, wenn der Käufer die beiden Unternehmen als Mutter - und Tochtergesellschaft [36], Haupt - und Zweigunternehmen [37] qualifiziert oder eine Konzernverbindung annimmt [38].

---

32) Die Verwechslungsgefahr i.w.S. wird teilweise auch als mittelbare Verwechslungsgefahr bezeichnet: vgl. BGH GRUR 1957,281 (283) -Karo-as-;
33) Vgl. KIRCHBERGER, JW 1932,1904 ; ELSAESSER, S. 20; MÜLLER, S. 32; HEYDT, GRUR 1959,187 (188) vgl. auch E 2b BS DPA v. 16.12.54 Mitt.1955,48; MIOSGA, MA 1956,337 (342), der diese Auffassung allerdings in Mitt. 1963,171 (172) aufgegeben hat. Ein Schutz gegen Verwechslungsgefahr i.w. Sinn aus § 31 WZG scheidet selbstverständlich aus, wenn die sich gegenüberstehenden Waren weder gleich noch gleichartig sind. Insoweit liegt ein rein wettbewerbsrechtlicher Tatbestand vor. Unter bestimmten Voraussetzungen kommt ein Schutz gegen Verwechslungsgefahr i.w. Sinn aus § 16 UWG in Betracht (vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG Anm. 13);
34) BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG Anm. 12; BACHEM, S. 52 ff; RUDERT, S.81 ff; TETZNER, § 31 RdNr.9 Vgl. auch BGH GRUR 1963,626 (627) -Sunsweet-;
35) BAUMBACH-HEFERMEHL, a.a.O.; RUDERT,S. 81;
36) RG MuW 1935,425 (427);
37) RUDERT, S. 81
38) BAUMBACH-HEFERMEHL a.a.O.;

2) Kennzeichnungskraft und Verwechslungsgefahr

a) Begriff der Kennzeichnungskraft

Der Ausdruck Kennzeichnungskraft ist im WZG nicht enthalten, in der Rechtsprechung [39] und Rechtslehre [40] in Verbindung mit dem Begriff der Unterscheidungskraft (§ 4 Abs. 2 Ziff. 1 WZG) aber seit Jahrzehnten gebräuchlich. Inhalt und Wesen beider Begriffe werden allerdings recht unterschiedlich beurteilt.

BUSSMANN-PIETZCKER-KLEINE [41] stellen in diesem Zusammenhang heraus, daß die Warenbezeichnung dem Inhaber eines Geschäftsbetriebes zur Unterscheidung seiner Waren von denen anderer sowie zur Kennzeichnung ihrer Herkunft diene und somit die Eignung zur Unterscheidung (Unterscheidungskraft) und Kennzeichnung (Kennzeichnungskraft) besitzen müsse. Auch in der Spruchpraxis des Deutschen Patentamtes [42] ist bisweilen von der Unterscheidungskraft und Kennzeichnungskraft einer Warenbezeichnung die Rede.

Demgegenüber bezeichnen SCHRAMM [43] und ihm folgend ein Teil des Schrifttums [44] die Unterscheidungskraft als abstrakte, die Kennzeichnungskraft hingegen als konkrete Größe. Der Begriff der Unterscheidungskraft beinhalte die abstrakte Fähigkeit eines Zeichens, als Herkunftshinweis zu dienen. Im Gegensatz hierzu beziehe sich der Ausdruck Kennzeichnungskraft auf die tatsächliche Stellung der Warenbezeichnung im Verkehr, auf ihren Marktwert.

---

39) RGZ 77,431 (432) ; 97,302 (306) -Strahlenkranz-; 98,225 (228) -Kaiserkrone-;
40) HAGENS § 27 Anm. 1; ROSENTHAL, § 1 WZG Note 63 d; CALLMANN, § 16 Anm. 10 ;
41) BUSSMANN-PIETZCKER-KLEINE, § 16 B II 1; § 16 C IV 1; Vgl. auch BUSSMANN, Name S. 41; OBERMÜLLER, S. 62,64 ;
42) Vgl. u.a. E 2b BS DPA v.16.2.54 GRUR 1954,360 (361); v.5.10.55 Mitt.1956,213; v. 16.4.57 Mitt. 1957,137; Vgl. aber auch BGH GRUR 1962,91 (95);
43) SCHRAMM, S. 181 und GRUR 1950,397 (402);
44) BAUMBACH-HEFERMEHL,§31 WZG, Anm.60; MERZ,S.72; RUDERT, S.17 ff; BACHEM, S.66 ff; WEGENER S.8;

Die Rechtsprechung [45] und der überwiegende Teil der Rechtslehre [46] unterscheiden beide Begriffe jedoch nicht; die abstrakte wie die tatsächliche Eignung einer Warenbezeichnung, auf einen bestimmten Betrieb als Herkunftsstätte der betreffenden Ware hinzuweisen, wird sowohl Unterscheidungskraft als auch Kennzeichnungskraft genannt.

Beleuchten wir diese unterschiedlichen Auffassungen kritisch, so ist zunächst festzuhalten, daß gleiche und gleichartige Waren ja nur dann zu unterscheiden sind, wenn entsprechende Warenbezeichnungen auf die unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstätten hinweisen. Warenunterscheidung und Unternehmenshinweis sind untrennbar miteinander verbunden [47]. In der Fähigkeit einer Warenbezeichnung zur Warenunterscheidung kommt ihre Eignung zur Herkunftskennzeichnung zum Ausdruck. Umgekehrt gilt das gleiche. Es ist daher durch nichts gerechtfertigt, die Eignung zur Unterscheidung von der Eignung zur Kennzeichnung begrifflich abzusetzen. Soweit die Begriffe Unterscheidungkraft und Kennzeichnungskraft in diesem Sinn Verwendung finden, weisen sie in Wirklichkeit den gleichen Inhalt auf.

Die Begriffsprägung durch SCHRAMM ist zwar nicht unrichtig. Sie ist aber weder notwendig noch zweckmäßig. So versteht es sich von selbst, daß bei einer noch unbenutzten Warenbezeichnung die Eignung zum Herkunftshinweis abstrakt, d.h. ohne Berücksichtigung einer späteren Verkehrsbewährung zu beurteilen ist. Für diese Selbstverständlichkeit ist ein

---

45) Vgl. u.a. RG MuW 1931,86 (87) -Saalegold-; RG JW 1938,2284 (2285) -XY-; BGH GRUR 1952,419 (420) -Gumax-; 1954,123 (124) -NSU-Fox-; 1954, 192 (193) -Dreikern-; 1957,228 (230) -Astrawolle-; 1957,281 (282) -Karo-as-; 1960,83 (85) -Nährbier-; 1964,454 (455) -Palmolive-;

46) Vgl. u.a. KÖHLER, S. 154 und GRUR 1950,117 (121); BAUMBACH, S.347; TETZNER, § 4 RdNr.27, § 31 RdNr.14 ; BUSSE, § 15 Anm. 7 I E; WEIGAND, S. 15; MÜLLER, S.59; HAGENS MuW 1932,217 (218);

47) ELSAESSER, S. 61;

eigener Begriff aber nicht erforderlich; sie kommt zudem in dem Wort Unterscheidungskraft nicht einmal andeutungsweise zum Ausdruck.

In knapper und treffender Formulierung kann die Kennzeichnungskraft einer noch unbenutzten Warenbezeichnung mit dem Zusatz " von Haus aus " [48] bezeichnet werden.

Nach dem Gesagten ist der herrschenden Auffassung also zumindest bezüglich der Gleichheit des Inhalts beider Begriffe beizupflichten. Der Inhalt selbst bedarf jedoch einer weiteren Überprüfung.

Die neuere Rechtsprechung [49] und Rechtslehre [50] unterscheiden zwischen Warenbezeichnungen von normaler, schwacher und starker Kennzeichnungskraft und leiten hieraus ihre Einteilung in normale, schwache und starke Kennzeichnungen ab. Dabei geht man davon aus, daß im Verkehr durchgesetzten oder besonders eigenartigen und einprägsamen Warenbezeichnungen eine starke Kennzeichnungskraft, von Haus aus wenig eigenartigen und einprägsamen oder solchen Zeichen, die eine ursprünglich stärkere Kennzeichnungskraft eingebüßt haben dagegen eine schwache Kennzeichnungskraft zukommt. Gleichzeitig ist anerkannt, daß selbst ein im Verkehr durchgesetztes Zeichen eine abgeschwächte Kennzeichnungskraft besitzen kann [51].

Bei genauer Betrachtung offenbart sich hier im Zusammenhang mit der Kennzeichnungskraft einer im Verkehr durchgesetzten Warenbezeichnung ein Widerspruch, der allein in dem von der herrschenden Auf-

---

48) Vgl. BGH GRUR 1955,579 (581) -sunpearl-; HUBMANN, S. 228 ;

49) Vgl. u.a. BGH GRUR 1952,419 (420) -Gumax-; 1957, 281 (282) -Karo-as-; BGHZ 21, 85 (92) -Spiegel-; E 2b BS DPA v. 9.5.56 Mitt. 1956,231; v. 16.12. 1958 Mitt. 1959,116 ;

50) Vgl. TETZNER, § 31 RdNr. 18; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG Anm.60; GODIN-HOTH, §16 Anm.11 e; HUBMANN, S.228; WILDE MA 1956,506 ff; RÜFFER, GRUR 1961,212 ; BUSSE, § 31 S. 367, 368 ;

51) BGH GRUR 1954,192 (193) -Dreikern-; 1963,622 (624) -Sunkist-; 1964,381 (382) -WKS-; E 2b BS DPA v.13.11.54 Mitt.1955,28; v.14.4.55 Mitt. 1956,84;

fassung geprägten Begriffsinhalt der Kennzeichnungskraft bzw. Unterscheidungskraft begründet liegt.

Soweit hier nämlich von einer Abschwächung der Kennzeichnungskraft die Rede ist, bezieht sich dies auf die Warenbezeichnung selbst und die Frage, welche Zeichenelemente noch bzw. nicht mehr geeignet sind, auf die Herkunftsstätte der Ware hinzuweisen [52].
In diesem Zusammenhang stehen also der Untergang der herkunftshinweisenden Wirkung eines selbständig kennzeichnenden Zeichenteiles, des Sinngehalts der Kennzeichnung, oder einer für den Gesamteindruck in klanglicher oder bildlicher Hinsicht maßgeblichen Klang- oder Buchstabenfolge zur Diskussion [52a]. Hieraus erhellt, daß der Begriff der Kennzeichnungskraft bzw. Unterscheidungskraft zeichenbezogen und auf die durch die einzelnen Zeichenelemente bestimmte Fähigkeit, als Herkunftshinweis zu wirken, ausgerichtet ist.

Der Begriffsinhalt der Kennzeichnungskraft bzw. Unterscheidungskraft ist damit in der Rechtsprechung und Rechtslehre aber noch nicht erschöpft. Wie letztlich aus der Gleichsetzung von Verkehrsgeltung und starker Kennzeichnungskraft ersichtlich, schließt er hier auch den Grad der Bekanntheit, also die Verkehrsbewährung ein [53].

Der bereits angedeutete Widerspruch liegt nun darin begründet, daß einer Warenbezeichnung mit Verkehrsdurchsetzung - nach herrschender Auffassung demnach mit starker Kennzeichnungskraft - trotz Fortdauer des gleichen Bekanntheitsgrades nur noch eine schwache Kennzeichnungskraft zugebilligt wird, wenn sich die durch die einzelnen Zeichenelemente be-

---

52) Siehe hierzu unten Kapitel 3

52a) Vgl. Seite 52 und die dort im einzelnen angeführten Beispiele aus der Rechtsprechung

53) Vgl. u.a. BGH GRUR 1957,281 (282) -Karo-as-; 1959, 182 (184) -Quick-; 1959,599 (600,601) -Teekanne-; 1960,130 (133) -Sunpearl II -; E 2b BS DPA v.9.5.56 Mitt. 1956,231; v. 14.3.57 Mitt. 1957,111; v. 21.6.57 Mitt. 1957, 232; v. 5.7.58 Mitt 1958,201; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG, Anm. 60; MIOSGA, Warenzeichenrecht,S. 131,156; WEGENER,S. 8;

stimmte Fähigkeit, als Herkunftshinweis zu wirken, vermindert hat. Überspitzt formuliert: Die Warenbezeichnung mit starker Kennzeichnungskraft besitzt dann eine schwache Kennzeichnungskraft.

Im Hinblick auf die Abstufung der Kennzeichnungskraft ist es nach allem also wenig sinnvoll, dem Begriff der Kennzeichnungskraft bzw. Unterscheidungskraft zwei Faktoren zugrunde zu legen und bereits bei der Größe oder Schwäche eines von beiden von einer starken oder schwachen Kennzeichnungskraft zu sprechen. Es empfiehlt sich daher, den Grad der Bekanntheit aus dem Begriffsinhalt der Kennzeichnungskraft bzw. Unterscheidungskraft auszugliedern. [54] Hier handelt es sich um einen eigenständigen Faktor, der unmittelbar bei der Beurteilung des Schutzbereiches einer Kennzeichnung heranzuziehen ist. [55] Unter der Kennzeichnungskraft bzw. Unterscheidungskraft soll daher allein die durch die einzelnen Zeichenelemente bestimmte Fähigkeit einer Warenbezeichnung, einen Herkunftshinweis abzugeben, verstanden werden. Sie ist bei unbenutzten Warenzeichen abstrakt, d.h. nach der mutmaßlichen, und bei benutzten Warenzeichen konkret, d.h. nach der tatsächlichen Verkehrsauffassung zu beurteilen. Dabei spielt die Verkehrsdurchsetzung bei benutzten Warenbezeichnungen insofern eine Rolle, als sie ja einem von Haus aus wenig oder überhaupt nicht kennzeichnenden Zeichenelement die fehlende Kennzeichnungskraft verschaffen kann. [56]

---

54) ELSAESSER, S. 21 nimmt ebenfalls eine Trennung zwischen dem Begriff der Kennzeichnungskraft und der Verkehrsgeltung vor, hält sich aber nicht an sie (vgl. S. 83).

55) Es ist ganz allgemeine Meinung, daß für Zeichen mit großer Verkehrsgeltung ein besonders strenger Maßstab bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr anzulegen ist. Vgl. statt vieler: BGH GRUR 1956,183 (186) -Dreipunkt-; E 2a BS DPA v. 15.3.56 Mitt. 1956,133;

56) Vgl. KÖHLER GRUR 1950,117 (126); BACHEM, S.72; DANIELS, S. 6; RG MuW 1930,171 -Sternteppich-; BGH GRUR 1961,347 (351) -Almglocke- m.w.N.;

b) Verwechslungsgefahr als Funktion der Kennzeichnungskraft

Es ist bereits hinreichend erläutert, daß durch § 31 WZG die Herkunftsstätte der Ware vor Verwechslungen geschützt wird [56a]. Eine Verwechslungsgefahr ist demzufolge lediglich zwischen Kennzeichen, die auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betriebe hinweisen, denkbar. Nur wenn und soweit eine Warenbezeichnung unterscheidungskräftig ist, kann ihre Nachahmung zu einer Verwechslung der Herkunftsstätten der betreffenden Waren führen [57].

In diesem Zusammenhang ist also von Bedeutung, daß allein eine einprägsame [58] und eigenartige [59] Bezeichnung kennzeichnungskräftig ist. Auch ist zu beachten, daß eine Warenbezeichnung durch die " Ausdruckselemente " [60] Klang, Bild und Sinn [61] auf die Vorstellungswelt des Verkehrs einwirken und somit in verschiedenen Richtungen eine Kennzeichnungskraft besitzen kann.

Die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr setzt weiter voraus, daß auch dem Vergleichszeichen eine

---

56a) § 31 WZG schützt aber auch das Publikum; vgl. Seite 35,36;

57) Vgl. u.a. KÖHLER, S. 137 und GRUR 1950,117 (122); BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG, Anm. 60; GODIN-HOTH, § 16 Anm. 12b ;

58) Vgl. BGH GRUR 1957,88 (90) - Ihr Funkberater-; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 WZG, Anm. 22; BUSSE, § 1 Anm. 8 A 2 ;

59) VGl. RG MuW 1932,125 (130) -Mauxion-; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 4 WZG Anm. 20 ;

60) WEGENER, S. 18

61) Der Sinngehalt eines Zeichens kann sich in der Bedeutung des Bildgegenstandes oder des Wortes erschöpfen (Zeichen mit Bedeutung), aber auch darüber hinausgehen (Zeichen mit gedanklichem Inhalt). Der Streit, in welchem Falle hier von einem "Motiv" zu sprechen ist, bedarf im Rahmen der vorliegenden Untersuchung keiner Erörterung. Das RG verwendet diesen Begriff in beiden Fällen, der BGH jedoch nur bei einer Kennzeichnung mit gedanklichem Inhalt : vgl. RGZ 53,92 (96) -Stern-; RGZ 109,226 (228) - Stimme seines Herrn-; GRUR 1949,197 -Postkutsche-; BGH GRUR 1955,91 (93) -Römer-; Siehe auch HUBMANN, S. 227; REIMER, Komm. Kap. 14, Anm. 26; WEGENER, S. 19 ff; Zum Begriff des Motivschutzes : BGH GRUR 1964,71 ff -Kaffeekanne-; 1964,376 (378) -Eppelein-Sprung-;

Kennzeichnungskraft zukommt.[62] Andererseits stellt die Verwechslungsgefahr einen Prüfstein für die Unterscheidungskraft dieses Zeichens dar. Denn eine Warenbezeichnung ist kennzeichnungskräftig, wenn ihr Gebrauch zu einer Täuschung der angesprochenen Verkehrskreise über die Herkunft der Ware führen kann.[63] Die Begriffe Kennzeichnungskraft und Verwechslungsgefahr bedingen einander.

3) Beurteilungsmaßstäbe

Die Frage, ob voneinander abweichende Warenbezeichnungen die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr begründen, ist von der Auffassung der für die betreffende Ware in Betracht kommenden Abnehmerkreise abhängig.[64] Verwechslungsgefahr liegt vor, wenn bei einem nicht ganz unerheblichen Teil[65] der wirklichen und potentiellen[66] Letztabnehmer[67] Verwechslungen zu besorgen sind.[68] Dabei genügt es, wenn die Verwechslungsgefahr im Einzelfall nach einer der drei möglichen Wirkungsrichtungen der Kennzeichnungskraft - Bild, Klang, Sinn gegeben ist.[69]

Bei der Erforschung der Verkehrsauffassug ist nach den Erfahrungen des täglichen Lebens zu beachten, daß der Verkehr fast nie die Möglichkeit hat, die einzelnen Kennzeichnungen nebeneinander wahrzuneh-

62) Vgl. FREUND-MAGNUS-JÜNGEL, S. 610; WEIGAND, S. 38; BACHEM, S. 73;
63) KÖHLER, S. 139 und GRUR 1950,117 (122);
64) Statt vieler : REIMER, Komm. Kap.14 Anm. 20;
65) Vgl. u.a. TETZNER, § 31 RdNr. 8 und 50; RG GRUR 1930,197 (198) -JG- m.w.N.; BGH GRUR 1955,299 (301) -Koma-;
66) ROSENTHAL,Komm. § 16 Note 11; CALLMANN, § 16 Anm. 43; WINTER, S. 23; siehe auch BGH GRUR 1963,622 (623) -Sunkist-;
67) Vgl. REIMER,Komm. Kap.14 Anm. 20; BACHEM S.124; BGH GRUR 1952,35 -Widia-; 1956,183 (184) -Drei-Punkt-;
68) Es ist nicht erforderlich, daß Verwechslungen bereits tatsächlich vorgekommen sind. Statt vieler : BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG Anm.24; BGH GRUR 1961,535 (537) -arko-;
69) Vgl. RGZ 109,226 (229) -Stimme seines Herrn-; BGH GRUR 1952,35 (36) -Widia-;

men [70]. Die Grundlage einer Vergleichung kann daher nur die im Gedächtnis des Publikums zurückgebliebene Vorstellung von dem zuerst wahrgenommenen Zeichen und der von dem Vergleichszeichen zeitlich später ausgelöste Gesamteindruck bilden [71]. Bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr ist sodann weniger auf die Unterschiede, als auf die übereinstimmenden Momente im jeweiligen Gesamteindruck abzustellen. [72] Es kommt also nicht darauf an, welche unterschiedlichen Einzelheiten ein aufmerksamer Beobachter nebeneinanderliegenden Zeichen entnehmen kann. Unterschiede können nur dann zur Verneinung der Gefahr einer Verwechslung im Verkehr führen, wenn sie im Erinnerungsbild des Abnehmers haften bleiben. [73]

Die Genauigkeit, mit der der Verkehr eine Warenbezeichnung zu betrachten und im Gedächtnis zu behalten pflegt, ist von der Art der betreffenden Ware und der Sorgfalt, dem Urteilsvermögen und der Beobachtungsgabe der in Betracht kommenden Abnehmer abhängig. [74] Die Abnehmerkreise sind je nach der Ware verschieden. Gegenstände des allgemeinen Bedarfs wenden sich an das breite Publikum; demgegenüber besitzen Waren, deren Verwendung auf Fachleute beschränkt ist, einen entsprechend engen Abnehmerkreis. Während im ersten Fall das Durchschnittspublikum eine Warenbezeichnung in der Eile des Geschäftsverkehrs nur flüchtig und oberfläch-

---

70) Statt vieler : TETZNER, § 31 RdNr. 48; BGH GRUR 1957,287 (289) -Plasticummännchen-; E 2b BS DPA v. 9.5.57 Mitt. 1957,145;

71) st. Rechtspr. : Vgl. u.a. BGH GRUR 1955,415 (418) -Arctuvan-; 1957,287 (289) -Plasticummännchen-; 1957,339 (340) -Venostasin-; BPatGerE 5,62; Siehe auch BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG, Anm. 15 ;

72) Vgl. TETZNER, § 31 RdNr. 28 ; RGZ 149,335 (339) -Kaffeekanne-; BGH GRUR 1956,179 (181) -Kloster-liqueur-;

73) Siehe BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG Anm. 16; BGH a.a.O.

74) Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG, Anm. 27; BACHEM, S. 124;

lich wahrnimmt, [75] ist im zweiten Fall von einer größeren Aufmerksamkeit und genaueren Prüfung auszugehen. [76]

Auf Grund der Betrachtungen dieses Kapitels sind wir nun in der Lage, auf die Abstandstheorie näher einzugehen. Im folgenden Kapitel sollen ihre rechtliche Qualifizierung und dogmatische Rechtfertigung und damit ihr Verhältnis zum zeichenmäßigen Schutzbereich untersucht werden.

---

75) Vgl. BUSSE, § 31 Anm. 5 1a; BGH GRUR 1955,299 (301) -Koma-; 1957, 339 (340) 'Venostasin-; 1961,535 (537) -arko- m.w.N.; E 2a BS DPA v. 22.3.56 Mitt. 1956,134;

76) Vgl. TETZNER, § 31 RdNr. 51; BGH GRUR 1958,604 (606) -Wella-Perla-; E 2b BS v. 19.11.54 Mitt. 1955.116; v. 14.6.57 Mitt. 1959,111;

ZWEITES KAPITEL :

Rechtliche Qualifikation und dogmatische Rechtfertigung der Abstandsrechtsprechung

§ 1 Die Erwägungen des BGH

Aus der Vielzahl der einschlägigen Erkenntnisse [1] bringen die Gumax / Gumasol [2] und die ARCTUVAN / ARTESAN - Entscheidung [3] den vom BGH bei der Abstandsrechtsprechung beschrittenen Gedankengang am deutlichsten zum Ausdruck. Die Rechtslehre setzt sich, soweit sie zur Abstandsrechtsprechung des BGH Stellung bezieht, auch ausschließlich mit diesen beiden Urteilen auseinander. Es erscheint daher angebracht, ihren in diesem Zusammenhang interessierenden Inhalt kurz darzulegen.

a) Die Gumax / Gumasol - Entscheidung

Der Entscheidung liegt die Unterlassungsklage der Inhaberin des eingetragenen Warenzeichens Gumax gegen eine Konkurrenzfirma zugrunde, die auf dem gleichen Warengebiet die Bezeichnung Gumasol verwendet.

Das KG Berlin hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, daß sich der Verkehr durch die Benutzung von zwölf ähnlichen Zeichen an den Gebrauch geringer Unterscheidungen gewöhnt habe und dem Klagezeichen daher nur eine geringe Kennzeichnungskraft zukomme.

Die Klägerin wendet sich mit der Revision u.a. gegen die Möglichkeit von Zeichen mit abgeschwächter Kennzeichnungskraft.

---

1) Vgl. u.a. BGH GRUR 1952,419 (420) -Gumax-; 1954, 192 (193) -Dreikern-; 1955,415 (417) -Arctuvan-; 1957,275 -Star-Revue-; 1959,420 (421) -Opal-;
2) GRUR 1952,419 ff ;
3) GRUR 1955,415 ff ;

Der BGH stellt nun bereits in dem der Entscheidung vorangestellten Rechtssatz (Leitsatz) heraus, daß die Kennzeichnungskraft von Warenzeichen im Einzelfall verschieden stark sein kann und daß dementsprechend die Verwechslungsgefahr nach einem entsprechenden Maßstabe beurteilt werden muß. In den Entscheidungsgründen führt er in diesem Zusammenhang sodann aus, daß die Verschiedenartigkeit der Kennzeichnungskraft von Warenzeichen unbestreitbar ist, sei es, daß ihr Benutzer von vornherein ein Zeichen gewählt hat, das nur geringen Abstand von anderen Zeichen hält, sei es, daß er es geduldet hat, daß andere Zeichen aufkommen, die sich nur wenig von seinem eingetragenen Zeichen unterscheiden. Wörtlich heißt es weiter :

> "Es würde dem Wesen des Warenzeichenschutzes - als einer Abgrenzung konkurrierender Individualrechte sowohl untereinander als gegenüber der Allgemeinheit - widersprechen, wenn man dem Zeicheninhaber einen Anspruch auf einen weitergehenden Abstand d r Konkurrenzzeichen von seinem Zeichen zugestehen wollte, als er ihn selbst mit seinem Zeichen von anderen Konkurrenten gewählt oder gewahrt hat. Das hat nichts mit einer Verringerung des normalen gesetzlichen Schutzumfanges eines Warenzeichens zu tun, sondern ist lediglich eine Folge, die sich aus dem gewählten Zeichen als solchem und seiner Stellung im Wirtschaftsverkehr ergibt."

Der BGH setzt sich anschließend mit der Auffassung des KG auseinander und gelangt zu der Feststellung, daß die Annahme der Verkehrsgewöhnung auf einer unzureichenden Würdigung des gesamten Sachverhalts beruht. Er weist die Revision aber dennoch zurück und begründet dies damit, daß auch bei Unterstellung einer normalen Kennzeichnungskraft des Klagezeichens eine Verwechslungsgefahr nicht ge-

geben ist.

b) Die ARCTUVAN / ARTESAN - Entscheidung

In diesem Rechtsstreit stehen sich das eingetragene Klagezeichen ARCTUVAN und die angegriffene Bezeichnung ARTESAN für Arzneimittel gegenüber.

Die Beklagte leugnet die Verwechslungsgefahr und beruft sich auf eine Abschwächung der Kennzeichnungskraft des Klagezeichens durch im Verkehr befindliche ähnliche Zeichen.

Das Berufungsgericht hat eine Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft des Klagezeichens verneint und die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr bejaht.

Der BGH stellt eingangs fest, daß es für die Entscheidung über den Unterlassungsanspruch allein darauf ankommt, ob eine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 31 WZG besteht. Wenig später kommt er auf die Gumax / Gumasol - Entscheidung wie folgt zurück :

> "Der Grundsatz, daß die Kennzeichnungskraft und der Schutzbereich eines Warenzeichens in Abhängigkeit von dem Abstande stehen, den es von den Konkurrenzzeichen einhält, beruht auf der Erwägung, daß das Publikum dann, wenn für gleichartige Waren Zeichen in Gebrauch sind, die sich nur wenig voneinander unterscheiden, auch auf geringfügige Unterschiede zu achten genötigt ist. In solchen Fällen wird die Verwechslungsgefahr daher schon durch geringfügige Unterschiede ausgeschaltet. Die darin zum Ausdruck gelangende Schwächung der Kennzeichnungskraft muß, wie der erkennende Senat in der Gumasol - Entscheidung betont hat, eine entsprechende Begrenzung des Schutzbereiches dahin zur Folge haben, daß dem Zeicheninhaber kein Anspruch auf

einen weitergehenden Abstand der Konkurrenzzeichen von seinem Zeichen zugestanden werden kann, als er ihn selbst mit seinem Zeichen von anderen Zeichen gewählt und gewahrt hat."

Der BGH führt sodann aus, daß bei der Bemessung des Schutzbereiches des Klagezeichens die Zeichen ATOPHAN und ADJUVAN zu berücksichtigen sind und fährt fort :

"Schon die beiden Zeichen ATOPHAN und ADJUVAN lassen es aber bei Berücksichtigung der vom Berufungsgericht festgestellten außerordentlichen Häufigkeit des Auslautes AN bei Bezeichnungen pharmazeutischer Artikel und der dadurch bewirkten Schwächung der Kennzeichnungskraft des Klagezeichens nicht zu, den Schutzbereich des Klagezeichens so zu bemessen, daß er das angegriffene Zeichen miterfassen könnte. Auf die weiteren, dem Klagezeichen von der Beklagten entgegengehaltenen, zum Teil auch in dem angefochtenen Urteil genannten Zeichen und die umstrittene Frage, ob und inwieweit diese Zeichen sich im Verkehr befunden haben und noch befinden, brauchte daher ebensowenig eingegangen zu werden wie auf die im Zusammenhang hiermit vorgebrachten Revisionsrügen. Der Abstand zwischen dem Klagezeichen einerseits, ATOPHAN und ADJUVAN andererseits ist keinesfalls größer als der, den das angegriffene Zeichen von dem Klagezeichen einhält. Der Schutzbereich des Klagezeichens kann aber, wie sich aus dem Gesagten ergibt, nicht über jenen Abstand hinaus erstreckt werden."

Weitere Ausführungen nehmen abschließend zur Frage der Verwechslungsgefahr Stellung. Der BGH zeigt die Unterscheidungsmerkmale der Streitzeichen in klanglicher Hinsicht auf und verneint mit der Be-

gründung, daß sich beide Zeichen im Klangbilde deutlich "und zum mindesten in eben demselben Maße voneinander abheben, wie sich ATOPHAN und ADJUVAN von dem Klagezeichen unterscheiden", eine Verwechslungsgefahr in dieser Richtung. Der erkennende Senat spricht sich auch gegen eine Verwechslungsgefahr nach der Bildwirkung und dem Sinngehalt der Zeichen aus und weist die Klage unter Aufhebung des angefochtenen Urteils als unbegründet ab.

§ 2 Die Abstandsrechtsprechung im Spiegel der Literatur

Das Schrifttum bezieht zu der These des BGH, daß dem Zeicheninhaber kein Anspruch auf einen weitergehenden Abstand der Konkurrenzzeichen von seinem Zeichen zugestanden werden kann, als er ihn selbst mit seinem Zeichen von anderen Zeichen gewählt und gewahrt hat - im folgenden Abstandsgrundsatz bzw. Abstandsformel genannt - in unterschiedlicher Weise Stellung.

In der Kommentarliteratur bringen BUSSE, TETZNER und BAUMBACH-HEFERMEHL den Abstandsgrundsatz mit dem zeichenmäßigen Schutzbereich einer Warenbezeichnung in Verbindung. BUSSE [4] begnügt sich dabei mit der Feststellung, der Schutzbereich eines Warenzeichens sei sein Abstand von den Konkurrenzzeichen. TETZNER [5] und BAUMBACH-HEFERMEHL [6] geben den Abstandsgrundsatz als Maßstab zur Ermittlung der Verwechslungsgefahr wieder. Er beruhe auf der Erwägung des BGH, daß sich der Verkehr durch das Nebeneinanderbestehen ähnlicher Kennzeichen an die Beachtung geringfügiger Unterschiede gewöhnt habe und infolgedessen eine Schwächung der Kennzeichnungskraft eingetreten sei.

---

4) BUSSE, § 31 Anm. 3 A II d ;
5) TETZNER, § 31 RdNr. 44
6) BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG Anm. 64,66,67

BAUMBACH-HEFERMEHL [7] äußern sich kritisch zu dieser Verkehrsgewöhnung. Sie könne zwar im Einzelfall zutreffen, beruhe aber vielfach auf einem Trugschluß. Der flüchtige Durchschnittskäufer unterscheide regelmäßig nicht näher, sondern betrachte jedes Zeichen mit der gleichen Flüchtigkeit.

Unklar ist die Behandlung der Abstandsrechtsprechung durch BUSSMANN-PIETZCKER-KLEINE. Sie beschäftigen sich in einer eigenen Anmerkung [8] mit der Abschwächung der Kennzeichnungskraft und ihrem Einfluß auf die Verwechslungsgefahr und führen an anderer Stelle [9] aus, daß der Schutzumfang einer Warenbezeichnung noch durch "ein weiteres Moment", die Abstandstheorie, bestimmt werde.

GODIN-HOTH [10] tragen die Gumax / Gumasol - Entscheidung und das ARCTUVAN / ARTESAN - Urteil ohne eine eigene Stellungnahme vor und REIMER, der in anderem Zusammenhang auf das erstgenannte Urteil zurückkommt [11], teilt nicht einmal den Abstandsgrundsatz mit.

Aus dem weiteren Schrifttum sind zunächst die Besprechungen der Gumax / Gumasol - Entscheidung durch BENKARD und KREISLER anzuführen.

BENKARD [12] knüpft an die vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung vertretene Auffassung an, daß sich das Publikum bei vielfach gebrauchten Warenbezeichnungen an die Beachtung kleinerer Unterschiede gewöhnt habe und deshalb die Verwechslungsgefahr bereits durch geringe Abweichungen ausgeschlossen sei [13]. Ohne auf den Abstandsgrundsatz, seine rechtliche Qualifikation und dogma-

---

7) BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG Anm. 69 ;
8) BUSSMANN-PIETZCKER-KLEINE, § 19 C II 2 ;
9) BUSSMANN-PIETZCKER-KLEINE, § 19 C II 3 ;
10) GODIN-HOTH, § 16 Anm. 12 c,d,e ;
11) REIMER, Komm. Kap.22 Anm. 2 ;
12) BENKARD GRUR 1952,311 ;
13) Vgl. u.a. RG MuW 1923/24,154 (156) -Schiffszeichen-; 1926/27,185 -Ankerzeichen-; JW 1924, 185 -Stern v. Hamburg-; GRUR 1936,961 (965) -Biene-; MuW 1930,171 -Sternteppich-; 1931, 15 (16) ;

tische Rechtfertigung näher einzugehen, stellt er sodann fest, daß der BGH diese Rechtsprechung in der Gumax - Entscheidung verlassen habe. [14]

KREISLER [15] untersucht die dogmatische Fundierung des Abstandsgrundsatzes und unterscheidet in diesem Zusammenhang zwischen dem Fall des gegenüber älteren Konkurrenzzeichen gewählten und dem des gegenüber nachfolgenden Bezeichnungen gewahrten (geduldeten) Abstandes. Er ordnet den Abstandsgrundsatz dem Wettbewerbsrecht zu und rechtfertigt seine zweite Variante mit der Begründung, daß es unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten unlauter sei, "einem Wettbewerber gegenüber einen Abstand von seinem Zeichen zu gestatten, den man einem anderen Wettbewerber gegenüber für zu gering erachtet" [16] Der Zeicheninhaber müsse die Verwechselbarkeit zwischen seinem Zeichen und jüngeren Zeichen stets mit dem gleichen Maßstab messen. KREISLER äußert sich aber kritisch zu dem ersten Fall und vertritt insoweit die Auffassung, daß die Einhaltung eines geringen Abstandes von älteren Kennzeichnungen nur unter ganz besonderen Umständen unlauter sei, so zum Beispiel, wenn der Inhaber des jüngeren Zeichens vorsätzlich gehandelt hat oder die älteren Warenbezeichnungen notorisch bekannt sind.

Auch nach WEGENER [17] entspringt der Abstandsgrundsatz einer wettbewerbsrechtlichen Erwägung.

MEDINGER [18] sieht in dem Abstandsgrundsatz eine notwendige Ergänzung der zeichenrechtlichen Betrachtungsweise. Halte der Kennzeichnungsberechtigte mit seiner Warenbezeichnung gegenüber einem älteren Zeichen nur einen geringen Abstand ein, so müsse "die gleiche Anspruchslosigkeit ... nach Treu und Glauben aber auch gegen ihn gelten", wenn er später mit seiner Kennzeichnung einer jüngeren Zeichen-

---

14) So im Anschluß an BENKARD auch MERZ, S. 73; RUDERT, S. 24,25 ;
15) KREISLER, Mitt. 1956,147 ff ;
16) KREISLER, a.a.O. S. 148 ;
17) WEGENER, S. 29 ;
18) MEDINGER, GRUR 1956, 303 (306) ;

anmeldung gegenübertritt. Jedes Zeichen stehe unter dem Gesetz, nach dem es angetreten sei.

v. OSTEN [19] hält die Erwägung des BGH, daß sich das Publikum dann, wenn Zeichen in Gebrauch sind, die sich nur wenig voneinander unterscheiden, an die Beachtung geringfügiger Unterschiede gewöhnt habe, für bedenklich. Wer ein Zeichen verwendet, das sich von denen seiner Mitbewerber nur wenig abhebt, könne aber billigerweise von den Kennzeichen Dritter keinen größeren Abstand verlangen, als er ihn selbst von den Zeichen seiner Konkurrenten eingehalten hat.[20] v. OSTEN stellt jedoch einschränkend fest, daß der Abstandsgrundsatz nur bei Warenbezeichnungen gerechtfertigt sei, die im Verkehr noch nicht oder nur kaum verwendet werden und geht dabei davon aus, daß die Schutzwürdigkeit dieser Zeichen hinter dem Interesse der Mitbewerber an freier Zeichenwahl zurückstehe.

WILDE [21] MIOSGA [22] DANIELS [23] und LEO [24] führen den Abstandsgrundsatz auf die von v. OSTEN in Frage gestellte Verkehrsgewöhnung zurück.

Nach LEO leitet der BGH aus dieser differenzierenden Betrachtungsweise her, daß der Verkehr auch die unterscheidenden Merkmale eines neuen Zeichens wahrnimmt.[25] Er bezeichnet die Abstandsrechtsprechung aus diesem Grunde als "Differenzierungstheorie" [26] und stellt heraus, daß sie im Gegensatz zu den herkömmlichen und vom flüchtigen Durchschnittsbetrachter ausgehenden Grundsätzen zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr stehe und daher nur in Ausnahmefällen anwendbar sei.

---

19) v.OSTEN, S. 79 ff ;
20) v.OSTEN, S. 80 ;
21) WILDE, MA 1956,506 (514) ;
22) MIOSGA, Warenzeichenrecht, S. 153 ;
23) DANIELS, S. 2 ;
24) LEO, GRUR 1963,607 (609) ;
25) LEO, a.a.O.S. 609, 610 ;
26) LEO, a.a.O.S. 609 ;

Erst in jüngster Zeit hat sich v. HARDER [27] mit der Abstandsrechtsprechung auseinandergesetzt. Er gelangt zu der Auffassung, daß der Abstandsgrundsatz hinsichtlich der ersten Alternative, der Zeichenwahl, nicht auf die Verwässerung der Kennzeichnungskraft, sondern ganz allein auf die Nähe, den bloßen Abstand zum älteren Monopolrecht abstelle [28]. Der BGH habe diese aus dem Wortlaut seines Grundsatzes sich ergebende Konsequenz allerdings niemals gezogen und auch die Zeichenwahl unter dem Blickwinkel der erhöhten Aufmerksamkeit des Verkehrs infolge der Benutzung älterer ähnlicher Zeichen betrachtet. Der Abstandsgrundsatz sei hinsichtlich der Zeichenwahl aber bereits durch ein Abwägen der entgegengesetzten Interessen der Zeicheninhaber und derjenigen Anbieter, die sich Zeichen schützen lassen wollen, gerechtfertigt. [29] Bei dieser Interessenabwägung sei die Rollenüberfüllung entscheidend, daß der Inhaber des älteren Zeichens durch die Wahl seiner Kennzeichnung in der Nähe einer noch älteren Warenbezeichnung erkennbar zum Ausdruck gebracht habe, daß er den Abstand zu diesem Kennzeichnungsrecht für ausreichend hält, um seine Ware im Verkehr von Waren anderer zu unterscheiden. Unter diesen Umständen könne er auf den geringen Monopolbereich, den er selbst für genügend hält, zugunsten der übrigen Mitbewerber, die dringend Zeichen benötigen, beschränkt werden. [29] Nach v. HARDER ist von der ersten Alternative des Abstandsgrundsatzes, der Zeichenwahl, der zweite Fall, die (nachträgliche) Verwässerung [30] rechtsdogmatisch zu unterscheiden. Eine Beschränkung des Monopolrechtes des älteren Zeicheninhabers durch jüngere Warenbezeichnungen sei nicht denkbar und das jüngere Recht könne gegenüber dem älteren nur im Rahmen der Prüfung einer Zeichenver-

27) v.HARDER GRUR 1964,299 ff ;
28) v.HARDER a.a.O. S. 302 ;
29) v.HARDER a.a.O. S. 303 ;
30) v.HARDER a.a.O. S. 302 ;

wässerung von Bedeutung sein. Eine solche aber ist nach der Ansicht von v. HARDER gegeben, "wenn der Verkehr sich einer großen Anzahl von ähnlichen Zeichen für die gleiche Ware gegenübersieht und nicht weiß, daß diese Waren von verschiedenen Herstellern geliefert werden", [31] mit anderen Worten, wenn er der Gefahr einer Verwechslung unterliegt. Das Ausgangszeichen übe in diesem Falle nur noch für die Verkehrsteilnehmer, die auf die Unterschiede zwischen den verschiedenen benutzten Zeichen achten, einen Herkunftshinweis aus. Für die übrigen Käufer habe es diese Bedeutung eingebüßt. Für die Frage des Umfanges des Zeichenschutzes sei demnach nur noch auf die Verkehrsteilnehmer abzustellen, die zwischen den verschiedenen ähnlichen Zeichen unterscheiden. Im übrigen müsse der Zeicheninhaber Verwechslungen in Kauf nehmen. V. HARDER stellt abschließend fest, daß mit dieser Begrenzung des Schutzrechtes der Maßstab des § 31 WZG verlassen sei und dies auszusprechen der BGH sich offenbar bisher gescheut habe. [32]

Während das bisher dargestellte Schrifttum der Abstandsrechtsprechung des BGH, wenn auch mit unterschiedlicher Begründung und Einschränkung, die Zustimmung letztlich nicht versagt, lehnen BACHEM und RUFFER die Abstandstheorie ab.

BACHEM [33], der eine Auslegung der Gumax / Gumasol - Entscheidung dahingehend für möglich hält, daß einem Zeicheninhaber ohne Rücksicht auf Verwechslungsgefahr kein Anspruch auf einen weitergehenden Abstand der Konkurrenzzeichen von seinem Zeichen zukomme, als er ihn selbst mit seinem Zeichen von anderen Kennzeichnungen eingehalten habe, kommt aus der Sicht des ARCTUVAN / ARTESAN - Urteils zu dem Ergebnis, daß der BGH den Abstandsgrundsatz als Maßstab zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr bei kennzeichnungsschwachen Warenbezeichnungen ent-

---

31) v.HARDER, a.a.O. S. 299 ;
32) v.HARDER, a.a.O. S. 299 ;
33) BACHEM, S. 86 ;

wickelt habe.[34] Dieser Aufgabe wird der Abstandsgrundsatz nach der Auffassung von BACHEM aber in keiner Weise gerecht.[35] Der Abstandsgrundsatz beruhe auf der unzutreffenden Annahme einer erhöhten Aufmerksamkeit des Publikums. Der Verkehr betrachte in Wirklichkeit alle Kennzeichen mit der gleichen Aufmerksamkeit bzw. Flüchtigkeit. Er werde geringe Unterschiede nicht gewahr und könne sie daher auch nicht beachten. Außerdem sehe der Verkehr die Zeichen selten nebeneinander und könne sich Unterschiede erst gar nicht einprägen.

Demgegenüber bekennt sich RÜFFER[36] unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Gewöhnung des Verkehrs an geringe Zeichenabstände. Er kommt aber bei der Beurteilung des Abstandsgrundsatzes auf diese Verkehrsgewöhnung nicht mehr zurück. Die Entscheidungsgründe des ARCTUVAN / ARTESAN - Urteils veranlassen ihn vielmehr zu der Feststellung, daß der BGH mit dem Abstandsgrundsatz eine neue, vom Begriff der Verwechslungsgefahr im Verkehr unabhängige Regel zur Abgrenzung des Schutzbereiches abgeschwächter Zeichen entwickelt habe.[37] Der BGH habe in dieser Entscheidung einen Unterlassungsanspruch der Inhaberin des eingetragenen Warenzeichens ARCTUVAN gegen die Benutzung der Bezeichnung ARTESAN bereits unter Anwendung des Abstandsgrundsatzes völlig unabhängig von der Frage einer Verwechselbarkeit verneint, allerdings dennoch im Anschluß daran das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr geprüft. Eine klangliche Übereinstimmung der Streitzeichen werde unter Berücksichtigung der hergebrachten Regeln über die Feststellung der Verwechslungsgefahr ausgeschieden, eine Übereinstimmung im Schriftbild unter erneuter Anwendung des Abstandsgrundsatzes verneint. Dabei sei diese Verknüpfung der Abstandslehre mit den Regeln über

---

34) BACHEM, S. 87 ;
35) BACHEM, S. 96 ff ;
36) RÜFFER, S. 22 ff und GRUR 1961,212 (214 ff);
37) RÜFFER, S. 47 ;

die Ermittlung einer Verwechslungsgefahr allein dem Bestreben des BGH zuzuschreiben, jeden Teil der Entscheidungsgründe nach den verschiedensten Richtungen hin überzeugend zu begründen. Die Abstandsrechtsprechung des BGH stehe im Widerspruch zu § 31 WZG und sei weder durch kennzeichnungsrechtliche noch durch wettbewerbsrechtliche Erwägungen dogmatisch gerechtfertigt. [38]

§ 3 Eigene Stellungnahme

Die verschiedenartigen Deutungen der Abstandsrechtsprechung zeigen, daß diese bis heute nicht frei von Meinungsverschiedenheiten ist. Im folgenden gilt es daher zu klären, welche dogmatische Rechtfertigung und rechtliche Qualifikation der Abstandsrechtsprechung nach den Gedankengängen des BGH zukommt.

Der BGH leitet in der Gumax / Gumasol - Entscheidung den Abstandsgrundsatz aus dem Wesen des Warenzeichenschutzes her, das er in einer Abgrenzung konkurrierender Individualrechte [39] sowohl untereinander als gegenüber der Allgemeinheit erblickt. [40] Er bestätigt mit diesen Ausführungen zunächst die allgemein anerkannte Auffassung, daß bei der Abgrenzung des Warenzeichenschutzes sowohl Belange des Zeicheninhabers als auch der Mitbewerber und der

---

38) RÜFFER, S. 51 ff ;

39) Die Rechtslehre verwendet die Worte Individualrecht und Persönlichkeitsrecht synonym. Vgl. u.a. FINGER, S. 44 ; PINZGER-HEINEMANN, § 1 Anm. 5 ; BUSSE, Einf. 2, S. 3 ;
Trotzdem kann nicht davon ausgegangen werden, daß hier der BGH das Warenzeichenrecht als Persönlichkeitsrecht bezeichnen wollte. In Übereinstimmung mit TETZNER, § 1 RdNr. 1 und 2, und REIMER, Komm. Kap. 3 Anm. 1 m.w.N. geht auch der BGH (vgl. GRUR 1960,490 (494) -Vogeler-) von der vermögensrechtlichen Natur des Warenzeichenrechtes aus.

40) Vgl. oben Seite 23 ;

Allgemeinheit zu berücksichtigen sind.[41]

Der Warenzeicheninhaber ist wie jeder Unternehmer an dem Aufbau, der Erhaltung und dem Ausbau seines Absatzmarktes interessiert. Mit der Warenbezeichnung schlägt er die Brücke zum Kunden und ermöglicht ihm, die gekennzeichnete Ware an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten zu erwerben. In welchem Maße das Publikum von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, ist dann u.a. von der Qualität und den Eigenschaften, sowie dem Preis der Ware abhängig.

Taucht nun ein der prioritätsälteren Kennzeichnung ähnliches Konkurrenzzeichen im Verkehr auf und verwechselt das Publikum in der Folgezeit die beiden verschiedenen Herkunftsstätten der sich gegenüberstehenden Waren, so bleibt es dem Zufall überlassen, ob der Verbraucher in den Besitz der Ware des einen oder des anderen Unternehmers kommt. Auch ist es denkbar, daß das Konkurrenzunternehmen eine Ware minderer Qualität in Verkehr setzt und die bisherigen Kunden des prioritätsälteren Zeichenberechtigten in der irrigen Annahme eines Qualitätsrückganges einem anderen Fabrikat den Vorzug geben. Wird der Absatzmarkt des älteren Zeicheninhabers im ersten Fall bereits schwer geschädigt, so kann der zweite Fall sogar zu seiner völligen Vernichtung führen.

Die Belange des Zeicheninhabers werden durch diese Auswirkungen bestimmt und erfordern, daß der Kennzeichenberechtigte die Wahl und Benutzung solcher Konkurrenzzeichen, die im Verkehr die Gefahr einer Verwechslung der Warenherkunft begründen, verhindern kann.

Dieses Schutzinteresse eines Kennzeicheninhabers tangiert das Interesse der Mitbewerber an möglichst freier Zeichenwahl und Markenführung. Die Unter-

---

41) Vgl. u.a. : TETZNER, § 31 RdNr. 24 ; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG, Anm. 79; GODIN-HOTH, Einf. Vorb. 4; HUBMANN, S. 230 ;

nehmer sind zudem oftmals daran interessiert, mit ihrer Warenbezeichnung nicht nur auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betrieb, sondern darüber hinaus auf ihre Herkunft aus einem speziellen geographischen Bereich bzw. einer bestimmten Stadt hinzuweisen, oder in der Kennzeichnung andeutungsweise die Zusammensetzung, Beschaffenheit und Verwendungsmöglichkeit der Ware zum Ausdruck zu bringen. Wird dies einem Mitbewerber von einem älteren Kennzeicheninhaber auf Grund einer ähnlichen Zeichenbildung streitig gemacht, so sieht sich jener möglicherweise einer unbilligen Beschränkung seiner wettbewerblichen Betätigung gegenüber. [42)]

Das Schutzinteresse eines Zeicheninhabers und die Belange der Mitbewerber lassen bereits das Interesse der Allgemeinheit, d.h. der Abnehmer am Warenzeichenschutz erkennen. Warenbezeichnungen, die im Verkehr die Gefahr einer Verwechslung der Herkunftsstätten begründen, verwirren das Publikum und verhindern den Vergleich und die Bewertung der betreffenden Konkurrenzerzeugnisse. Die Wahl einer bestimmten Ware von bekannter Qualität und Beschaffenheit an Hand ihrer Warenbezeichnung ist bei dieser Sachlage nicht mehr möglich. Der Schutz gegen Verwechslungsgefahr liegt demnach sowohl im Interesse des Zeicheninhabers als auch des Verbrauchers. Dieser ist darüber hinaus aber auch an einer Aussage der Warenbezeichnung über den Herstellungsort, die Beschaffenheit, Bestimmung oder Verwendungsmöglichkeit der Ware interessiert. [43)]

Die aufgezeigten Belange des Zeicheninhabers, der Mitbewerber und der Allgemeinheit formen den Waren-

---

42) Mit dieser Begründung räumt der BGH in der Römer - Entscheidung - GRUR 1955,91 (92) - der Gesamtheit der ortsansässigen Unternehmer einen Anspruch auf die warenzeichenrechtliche Benutzung der Abbildung des Frankfurter Römers ein. Vgl. auch BGH GRUR 1960,183 (184) -Kosakenkaffee-; E 2b BS DPA v. 21.4.1955 Mitt. 1956,53 und v. 31.1.58 Mitt. 1958,92 ; Siehe ferner MIOSGA, Mitt. 1958, 1 ff ; HEFERMEHL, Anm. GRUR 1959,133 (134) ; Einzelheiten : Kapitel 4

43) UTESCHER, S. 46 ;

zeichenschutz. [44] Der Gesetzgeber trägt dem in den §§ 5 Abs. 4, 24, 25 und 31 WZG Rechnung und hat hier den Interessenkonflikt für den Normalfall [45] bereits gelöst. [46]

Nach dem Gesagten widerspricht das Schutzbegehren eines Zeicheninhabers also in zwei Fällen dem Wesen des Warenzeichenschutzes : Einmal, wenn die Realisierung des geltend gemachten Anspruches zu einer unbilligen Beschränkung der wettbewerblichen Betätigung des Mitbewerbers führen würde, und zum anderen, wenn infolge fehlender Verwechslungsgefahr ein das Interesse des Mitbewerbers an freier Zeichenwahl und Markenführung einschränkendes Schutzinteresse des Zeicheninhabers und damit der Allgemeinheit nicht gegeben ist. Läßt es die Formulierung des Abstandsgrundsatzes noch offen, auf welchen Fall der Widerspruch gestützt ist, so ist aus den weiteren Ausführungen des BGH sowohl in der Gumax / Gumasol - als auch in der ARCTUVAN / ARTESAN - Entscheidung klar ersichtlich, daß nach der Auffassung des BGH ein Anspruch auf einen weitergehenden Abstand infolge fehlender Verwechslungsgefahr nicht in Betracht kommt.

Der BGH beschäftigt sich in der Gumax / Gumasol - Entscheidung [47] mit der Kennzeichnungskraft einer Warenbezeichnung. Durch eine Revisionsrüge veranlaßt, stellt er heraus, daß die Kennzeichnungskraft einer Warenbezeichnung keine konstante Größe bildet und einer Abschwächung zugänglich ist. Er bekräftigt insoweit die Auffassung des Berufungsgerichtes, das zudem die Abschwächung der Kennzeich-

---

44) MIOSGA hat in Mitt. 1959,288 (289) zutreffend darauf hingewiesen, daß auch der Begründung eines Zeichenrechtes eine Interessenabwägung zugrunde liegt. Vgl. die absoluten Eintragungshindernisse des § 4 Abs. 2 Nr.1 WZG.

45) Offen bleibt die Frage, ob sich das Zeichenmonopol im Rahmen der Verwechslungsgefahr stets voll entfalten kann.

46) WEGENER, S. 4 ist daher zu folgen, wenn er feststellt, daß der Begriff der Verwechslungsgefahr dem Richter keine wertende Betrachtungsweise abverlange.

47) Siehe oben Seite 22/23 ;

nungskraft des Klagezeichens auf eine durch den Gebrauch ähnlicher Kennzeichen entstandene Gewöhnung des Verkehrs an die Beachtung geringfügiger Zeichenabstände zurückführt. Da nun der BGH diese Erwägungen des Berufungsgerichtes selbst darstellt und in diesem Zusammenhang dem Berufungsgericht lediglich eine unzureichende Würdigung des gesamten Sachverhaltes vorwirft, muß davon ausgegangen werden, daß auch der BGH die Abschwächung der Kennzeichnungskraft mit der vorbezeichneten Verkehrsgewöhnung begründet.

Der BGH zieht diese Verkehrsgewöhnung auch augenscheinlich zur dogmatischen Rechtfertigung des Abstandsgrundsatzes heran, bringt er doch bereits in dem der Gumax - Entscheidung vorangestellten Rechtssatz zum Ausdruck, daß die Kennzeichnungskraft im Einzelfall verschieden stark sein kann und dementsprechend die Verwechslungsgefahr nach einem entsprechenden "Maßstabe" beurteilt werden muß. [48]

Für die hier vertretene Auffassung spricht letztlich auch der Umstand, daß sich spätere Entscheidungen des BGH [49] auf das Gumax - Urteil als einen Beleg für den Zusammenhang zwischen Verkehrsgewöhnung und Abstandsgrundsatz berufen.

Nach allem läßt also bereits die Gumax / Gumasol - Entscheidung erkennen, daß der BGH den Abstandsgrundsatz zur Abgrenzung des zeichenmäßigen Schutzbereiches in ihrer Kennzeichnungskraft abgeschwächter Warenbezeichnungen entwickelt hat.

Noch deutlicher ergibt sich dies freilich aus dem ARCTUVAN / ARTESAN - Urteil. [50] Hier weist der BGH sogar ausdrücklich darauf hin, daß die Abschwächung der Kennzeichnungskraft und der Ab-

---

48) BGH GRUR 1952,419; siehe auch oben Seite 23;
49) Vgl. u.a. GRUR 1954,192 (193) -Dreikern-; 1955, 415 (417) -ARCTUVAN-; 1955,579 (581) -sunpearl-; 1957,499 (501 -Wipp-; 1959,420 (421) -Opal-; siehe auch E 2b BS DPA v. 13.11.54 Mitt. 1955, 28; v. 10.2.58 Mitt. 1958,90;
50) Siehe oben Seite 24/25.

standsgrundsatz auf der Erwägung beruhen, daß das Publikum "dann, wenn für gleichartige Waren Zeichen in Gebrauch sind, die sich nur wenig voneinander unterscheiden, auch auf geringfügige Unterschiede zu achten genötigt ist". [51] Daß hier von einer Verkehrsgewöhnung ausgegangen wird, zeigt die weitere Feststellung des BGH, daß in solchen Fällen die Verwechslungsgefahr schon durch geringfügige Unterschiede ausgeschaltet wird. [52]

Wie nun das dargestellte Schrifttum zeigt, werden diese Zusammenhänge aber vielfach nicht erkannt. So ist ein Teil der Rechtslehre erst gar nicht um eine Erforschung der Gedankengänge des BGH bemüht und stellt den Abstandsgrundsatz in einer eigenen Wertung dar. Zum anderen wird häufig übersehen, daß die Abstandsrechtsprechung des BGH eben nicht allein aus der Abstandsformel, sondern auch aus den in diesen Grundsatz einmündenden Erwägungen besteht. BENKARD [53], KREISLER [54], WEGENER [55] und MEDINGER [56] bleiben beide Vorwürfe nicht erspart. Sie erblicken in dem Abstandsgrundsatz letztlich eine vom Begriff der Verwechslungsgefahr im Verkehr unabhängige Regel zur Abgrenzung des Schutzbereiches einer Warenbezeichnung. Abgesehen davon, daß diese Deutung des Abstandsgrundsatzes der Abstandsrechtsprechung des BGH widerspricht, findet sie auch in den zu ihrer Begründung herangezogenen Gesichtspunkten keine Stütze.

So ist die Argumentation von Kreisler, daß es unlauter sei, einem Wettbewerber gegenüber einen Abstand von seinem Zeichen zu gestatten, den man einem anderen Wettbewerber gegenüber für zu gering erachtet, durch nichts begründet. Ein genereller Rechtssatz dahingehend, daß es verboten ist, einen

---

51) BGH GRUR 1955,415 (417) ; Siehe auch oben S.24;
52) Vgl. hierzu auch BGH GRUR 1957,499 (501) -Wipp-; 1963,378 (380) -Deutsche Zeitung-;
53) Siehe oben Seite 27 ;
54) Siehe oben Seite 28 ;
55) Siehe oben Seite 28 ;
56) Siehe oben Seite 28/29 ;

Konkurrenten so, den anderen aber anders zu behandeln, ist dem geltenden Wettbewerbsrecht fremd.[57] Zwar spricht § 26 Abs. 2 GWB ein allgemeines Diskriminierungsverbot aus. Diese Vorschrift wendet sich aber nur an Kartelle sowie an marktbeherrschende und preisbindende Unternehmen. Außerdem bezieht sich das Diskriminierungsverbot allein auf einen Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist. Schließlich ist eine Ungleichbehandlung nach § 26 Abs. 2 GWB nur dann verboten, wenn sie sachlich nicht gerechtfertigt ist. Diese Einschränkungen zeigen, daß sich KREISLER auch nicht auf das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB berufen kann. Erstens zählt ja nicht jeder Warenzeicheninhaber zu den Normadressaten des § 26 Abs. 2 GWB und zweitens ist der Zeichengebrauch kein Gegenstand eines Geschäftsverkehres, zu dem gleichartige Unternehmen üblicherweise Zugang haben.[58] Letztlich ist es auch fraglich, ob in den Abstandsfällen von einem sachlich nicht gerechtfertigten, d.h. willkürlichen Verhalten des Zeicheninhabers gesprochen werden kann. Da KREISLER ferner keine privatrechtlichen oder verfassungsrechtlichen Normen zur Seite stehen,[59] ist die Fehlerhaftigkeit seiner Auffassung hinreichend dargetan.

Aber auch MEDINGER,[60] der den Abstandsgrundsatz unter Berufung auf Treu und Glauben darstellt, kann nicht gefolgt werden. Das gleiche gilt für v. OSTEN,[61] der die Abstandsformel ebenfalls auf Billigkeitserwägungen zurückführt. Beide gehen letztlich wie KREISLER von einem Nichtdiskriminierungsgrundsatz aus und übersehen, daß die Diskriminierung nicht schlechthin unbillig ist. Verlangt ein Zeichenin-

---

57) Der BGH hat in GRUR 1958,487 (489) -Antibiotica- ausgesprochen, daß dieses generelle Verbot auch nicht aus § 1 UWG hergeleitet werden kann.
58) Vgl. BGH GRUR 1962,537 (541) -Radkappe-; MÜLLER-HENNEBERG, SCHWARTZ, § 26 Anm. 41; LEO, GRUR 1963,607 (612) ;
59) Vgl. LEO a.a.O. S. 613 ; RUFFER, S. 54
60) Siehe oben Seite 28/29 ;
61) Siehe oben Seite 29 ;

haber von einer Konkurrenzbezeichnung einen größeren Abstand, als er ihn selbst von anderen Bezeichnungen Dritter gewählt oder gewahrt hat, so kann hierin ein Verstoß gegen Treu und Glauben nicht erblickt werden. Insbesondere scheidet der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (venire contra factum proprium) aus. Wie bereits LEO [62] überzeugend dargelegt hat, erwächst dem Inhaber einer Kennzeichnung aus dem Verhalten eines älteren Kennzeichenberechtigten gegenüber anderen Kennzeichnungen Dritter kein Vertrauensschutz dahingehend, daß seine Warenbezeichnung in gleicher Weise behandelt werde.

Die Auffassung von MEDINGER und v. OSTEN kann letztlich auch deshalb nicht überzeugen, weil sie im Endergebnis dem Einwand aus dem Recht eines Dritten nahekommt, der bei der Beurteilung des Schutzbereiches einer Warenbezeichnung aber nicht durchgreift.[63]

Die Abstandsrechtsprechung wird aber auch durch v. HARDER [64] in keiner Weise richtig erfaßt. So trifft es bereits nicht zu, daß der BGH in der Gumax / Gumasol - Entscheidung zwischen dem Fall des gewählten und dem des gewahrten Abstandes rechtsdogmatisch unterscheidet und den Abstandsgrundsatz in seiner ersten Alternative auf eine Beschränkung des Monopolrechtes, in seiner zweiten aber auf eine Kennzeichenverwässerung zurückführt. v. HARDER beruft sich in diesem Zusammenhang auf den der Abstandsformel vorangehenden Satz des BGH. Dessen Wortlaut : "es ist unbestreitbar, daß die Kennzeichnungskraft von Warenzeichen verschieden ist, sei es, daß ihr Benutzer von vornherein ein Zeichen gewählt hat, das nur geringen Abstand von anderen Zeichen hält, sei es, daß er es geduldet hat, daß

---

62) LEO, a.a.O. S. 611 ;
63) Vgl. RG MuW 1931,86 -Saalegold- ; BACHEM, S.106 m.w.N.; Siehe auch die rechtsvergleichende Untersuchung von SCHRICKER, GRUR Ausl. 1965,285 ff;
64) Siehe oben Seite 30/31 ;

andere Zeichen aufkommen, die sich nur wenig von seinem eingetragenen Zeichen unterscheiden. (Verwässerung)."; läßt in Verbindung mit der Interpunktion aber zweifelsfrei erkennen, daß der BGH in beiden Fällen von einer Verwässerung, d.h. von einer Abschwächung der Kennzeichnungskraft ausgeht. Wie bereits dargelegt, begründet der BGH diese Abschwächung mit einer Gewöhnung des Verkehrs an die Beachtung geringfügiger Zeichenabstände. Diese Verkehrsgewöhnung kann nun auf Grund älterer Zeichen bereits im Zeitpunkt der Zeichenwahl vorliegen, aber auch erst nachträglich durch nachfolgende Zeichen entstanden sein.

Die weiteren Ausführungen von v. HARDER verdienen ebenfalls keine Zustimmung. Zwar trifft es zu, daß die Zeichenrolle überfüllt ist. Es geht aber nicht an, hieraus abzuleiten, daß der Inhaber eines Zeichens durch die Wahl seiner Kennzeichnung in der Nähe einer älteren Warenbezeichnung zum Ausdruck gebracht hat, daß er den Abstand zu diesem Kennzeichnungsrecht als Schutzumfang für ausreichend hält. Die Praxis zeigt, daß diese Betrachtungsweise weder bekannt noch gebräuchlich ist. Auch kann die Überfüllung der Zeichenrolle allenfalls zur Beschränkung der Schutzwirkungen eines Abwehrzeichens herangezogen werden. [65]

v. HARDER verkennt schließlich sogar Ursache und Auswirkung der Abschwächung der Kennzeichnungskraft. [66] Erinnern wir uns, daß die Verwechslungsgefahr eine Funktion der Kennzeichnungskraft darstellt und umgekehrt das gleiche gilt, [67] so erhellt, daß die Abschwächung der Kennzeichnungskraft allein auf eine Verkehrsgewöhnung zurückgeführt werden kann. Die Abschwächung der Kennzeichnungskraft hat demnach auch nichts mit einer Inkaufnahme der Verwechslungsgefahr zu tun. [68]

---

65) Vgl. BGH GRUR 1961,33 ff -Dreitannen-;
66) v.HARDER, GRUR 1964,299; Siehe auch oben S. 31;
67) Siehe oben Seite 18 ;
68) v.HARDER kann sich für seine gegenteilige Meinung auch nicht auf BGH GRUR 1963,378 (380) -Deutsche Zeitung - berufen, da hier ebenfalls auf die Verkehrsgewöhnung abgestellt ist.

Einer besonderen Erörterung bedarf abschließend noch die Stellungnahme von RÜFFER. [69] Nach seiner Ansicht hat der BGH in der ARCTUVAN / ARTESAN - Entscheidung den geltend gemachten Unterlassungsanspruch unter Anwendung des Abstandsgrundsatzes bereits vor und unabhängig von den Ausführungen zur Frage der Verwechslungsgefahr verneint und damit aufgezeigt, daß der Abstandsvergleich eine vom Begriff der Verwechslungsgefahr unabhängige Regel zur Abgrenzung des Schutzbereiches darstellt.

Auch diese Ausführungen halten einer Nachprüfung nicht stand. Wie in anderem Zusammenhang noch näher aufgezeigt wird, hat der BGH in der genannten Entscheidung den Abstandsgrundsatz zur Verneinung einer klanglichen [70] Verwechslungsgefahr herangezogen. RÜFFER ist nun zwar zuzugeben, daß der Abstandsgrundsatz in diesem Urteil auch noch an anderer Stelle in Erscheinung tritt. Ansonsten kann ihm aber nicht gefolgt werden.

Der BGH vertritt in dem hier interessierenden Teil der Entscheidungsgründe [71] die Auffassung, daß die Kennzeichnungskraft des Klagezeichens infolge der außerordentlichen Häufigkeit des Auslautes AN bei Bezeichnungen pharmazeutischer Artikel bereits durch die Zeichen ATOPHAN und ADJUVAN abgeschwächt ist. Unter Heranziehung des Abstandsgrundsatzes stellt er sodann fest, daß es schon diese beiden Zeichen nicht zulassen, den Schutzbereich des Klagezeichens so zu bemessen, daß er das angegriffene Zeichen mit erfassen könnte. Wörtlich fährt der BGH fort : "Auf die weiteren, dem Klagezeichen von der Beklagten entgegengehaltenen .... Zeichen und die umstrittene Frage, ob und inwieweit diese Zeichen sich im Verkehr befunden haben und noch befinden, brauchte daher ebensowenig eingegangen zu werden wie auf die im Zusammenhang hiermit vorgebrachten Revisionsrügen". [72] Hieraus aber erhellt, daß der

---

69) Siehe oben Seite 32/33 ;
70) GRUR 1955,415 (418). RÜFFER gibt die ARCTUVAN-Entscheidung bereits insoweit unrichtig wieder.
71) GRUR 1955,415 (417); Siehe auch oben S. 32
72) Vgl. Anm. 71

BGH an dieser Stelle an Hand des Abstandsgrundsatzes lediglich überprüft, ob bereits durch die beiden Zeichen ATOPHAN und ADJUVAN eine entscheidungserhebliche Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft eingetreten ist und demnach weitere Ausführungen zur Kennzeichnungskraft entbehrlich sind. Anhaltspunkte dafür, daß der BGH den Abstandsgrundsatz als einen vom Begriff der Verwechslungsgefahr unabhängigen Rechtssatz verstanden wissen will, sind nicht vorhanden.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchungen läßt sich also festhalten :

Die Abstandsrechtsprechung des BGH geht davon aus, daß die Kennzeichnungskraft einer Warenbezeichnung durch ähnliche Konkurrenzzeichen beeinträchtigt wird. Sie führt diese Beeinträchtigung auf eine Gewöhnung des Verkehrs an die Beachtung geringfügiger Zeichenabstände zurück und leitet aus dieser Verkehrsgewöhnung den Abstandsgrundsatz ab. Der BGH hat diesen Grundsatz dahin formuliert, daß dem Zeicheninhaber kein Anspruch auf einen weitergehenden Abstand der Konkurrenzzeichen von seinem Zeichen zugestanden werden kann, als er ihn selbst mit seinem Zeichen von anderen Zeichen gewählt und gewahrt hat. Nach der Abstandsrechtsprechung stellt diese Formel einen Maßstab zur Abgrenzung des zeichenmäßigen Schutzbereiches in ihrer Kennzeichnungskraft abgeschwächter Warenbezeichnungen dar.

Der Abstandsgrundsatz ist nur im Rahmen dieser Abstandsrechtsprechung dogmatisch gerechtfertigt. Bei isolierter Betrachtung stehen ihm weder ein Diskriminierungsverbot noch sonstige Billigkeitserwägungen zur Seite. Eine Beschränkung des normalen gesetzlichen Schutzumfanges eines Warenzeichens ist mit der Abstandsformel nicht möglich und durch die Abstandsrechtsprechung ja auch nicht bezweckt.[73)]

Die bisherigen Ausführungen haben aber weiter er-

---

73) Das sich beim Vorliegen ähnlicher Konkurrenzzeichen gegen eine Minderung des gesetzlichen

geben, daß die eigentliche Problematik der Abstandstheorie in der "Gewöhnungsrechtsprechung",[74] dem Kernstück der Theorie,[75] begründet liegt. Zwar findet diese Rechtsprechung in einer insoweit gleichlautenden Judikatur des RG eine Stütze. Denn auch das RG führt in ständiger Rechtsprechung aus, daß sich das Publikum bei Zeichen, die ihm in ähnlicher Form im Verkehr begegnen, daran gewöhnen müsse und auch daran gewöhnt habe, auf geringe Unterscheidungsmerkmale zu achten.[76]

Sowohl das ältere wie das neuere Schrifttum stehen dieser RG - bzw. BGH - Rechtsprechung aber äußerst skeptisch gegenüber. Es erkennt zwar fast durchweg die Möglichkeit einer derartigen Verkehrsgewöhnung an,[77] weist aber mit zum Teil scharfen Worten darauf hin, daß der vom RG und BGH vertretene Standpunkt als Rechtsgrundsatz von allgemeiner Bedeutung völlig unhaltbar ist.[78] Zur Begründung wird ausgeführt, daß in der Regel aus dem flüchtigen Durchschnittskäufer mit unsicherem Erinnerungsvermögen, kein scharf aufpassender, erinnerungsfester Käufer werde und die Annahme einer Gewöhnung des Verkehrs an die Beachtung geringfügiger Unterschiede

---

73) Schutzumfanges aussprechende Schrifttum aus den Jahren 1927 - 1932 (vgl. die Zusammenstellung bei BENKARD, GRUR 1952,311) bedarf demnach keiner Erörterung.

74) MIOSGA, Mitt. 1958, 1 (2) ;

75) LEO, GRUR 1963,607 (609) ;

76) Vgl. u.a. MuW 1923/24 -Blonde Locken/Weserlocken-164; die Verkehrsgewöhnung wurde aus folgenden Drittkennzeichen abgeleitet: Schillerlocken, Lockenreiz, Kinderlocken, Zigeunerlocken, Lockenkopf, Lockenkuß, Silberlocken, Goldlocken. 1931,151 (152) -Terranova / Terrameyer-; das RG rügt, daß sich das BerG nicht mit einer Verkehrsgewöhnung auseinandergesetzt hat, obwohl folgende Warenzeichen in Gebrauch waren: Terrakotta, Terralta, Terravaria, Terrabona, Terrasit, Terragranit, Terrakristalla.
Siehe auch : MuW 1923/24,154 (156) -Schiffszeichen-; 1926/27,185 -Ankerzeichen-; 1926/27, 337 (338) -Blumenkorb-; 1931,261 (262) -Halsstreifen-;

77) Vgl. u.a. BECHER, § 20 Anm. 13; PINZGER-HEINEMANN, § 20 Anm. 8 ff; SELIGSOHN, § 20 Anm.4; SCHMIEDER, S.21 ff; v.STADEN, S.27,31; UTESCHER, GRUR 1930,358 (373); BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG Anm. 69,77; REIMER, Komm. Kap. 14 Anm. 24; RUDERT, S.23,24; WILDE, MA 1956,506 (514); LEO, GRUR 1963,607 (610) ;

78) Siehe BECHER,REIMER,BAUMBACH-HEFERMEHL, alle a.a.O.

einen Ausnahmetatbestand darstelle. [79]

Derartige Ausführungen klingen überzeugend und zweifelsohne wird in der Rechtsprechung nicht immer gebührend berücksichtigt, daß die Entstehung der vorbezeichneten Verkehrsauffassung von ganz besonderen äußeren Umständen abhängig ist. Einer Untersuchung der Abstandsrechtsprechung stellt sich daher die Aufgabe, die jenen inneren Vorgang indizierenden äußeren Merkmale herauszuarbeiten. Sie sind Voraussetzung für eine Anwendung des Abstandsgrundsatzes und damit Teil der Abstandsrechtsprechung.

Wegen der großen Bedeutung und der Vielschichtigkeit des zu ermittelnden Tatbestandes sollen diese Merkmale in einem eigenen Kapitel dargestellt werden.

---

79) statt vieler: REIMER, Komm. Kap. 14 Anm. 24

DRITTES KAPITEL :

Voraussetzungen einer Abschwächung der Kennzeichnungskraft

§ 1 Allgemeines

Forschen wir nach den Ursachen einer Gewöhnung des Verkehrs an die Beachtung geringfügiger Zeichenabstände, so wird zunächst deutlich, daß sich diese in so allgemeiner Formulierung wiedergegebene Gewöhnung des Verkehrs als unmittelbare Folge eines im Einzelfall genau zu bestimmenden Wandels der Verkehrsauffassung darstellt. Der Verkehr, der die Kennzeichnungskraft einer Warenbezeichnung durch ein einzelnes Zeichenelement bestimmt oder mitbestimmt sieht, diese Auffassung durch das Vorkommen ähnlicher Kennzeichen aber aufgegeben hat, legt nach der Erfahrung des Lebens den vorher nur wenig oder überhaupt nicht bedeutenden Zeichenelementen die herkunftshinweisende Wirkung zu.[1] Mit anderen Worten und ganz allgemein betrachtet : Der Verkehr hat sich - gegenüber früher - an die Beachtung geringfügiger Unterschiede, d.h. kleiner Unterscheidungsmomente[2] gewöhnt. Insoweit hat sich seine in der Regel flüchtige und gedankenlose Betrachtungsweise geändert. TETZNER[3] zieht in diesem Zusammenhang den treffenden Vergleich zur Dämmerung, in der wir erfahrungsgemäß aufmerksamer beobachten.

Diese Erwägungen führen nun zwangsläufig zu dem Ergebnis, daß die eine Gewöhnung des Verkehrs an die Beachtung geringfügiger Zeichenabstände indizierenden Merkmale mit den Voraussetzungen einer

---

1) Vgl. SELIGSOHN, § 20 Anm. 4, S.286,287 ; WILDE, MA 1956,506 (514) ; RG MuW 1923/24,164 -Blonde Locken-; BGH GRUR 1963,622 (624) -Sunkist-;
2) RG MuW 1931,261 (262) ;
3) TETZNER, § 31 RdNr. 44 ;

Abschwächung der Kennzeichnungskraft [4] identisch sind. Denn die Kennzeichnungskraft einer Warenbezeichnung ist abgeschwächt, wenn ein für den unterscheidungskräftigen Gesamteindruck bedeutsames Zeichenelement die Fähigkeit verloren hat, auch weiterhin mit auf die Herkunftsstätte der Ware hinzuweisen. Aus dieser Sicht gilt es daher herauszuarbeiten, von welchen Voraussetzungen eine auf ähnliche Konkurrenzzeichen zurückzuführende Änderung der Verkehrsauffassung bezüglich der kennzeichnenden Wirkung eines Zeichenelementes abhängig ist.

Von einem solchen Wandel der Verkehrsauffassung kann freilich dann keine Rede sein, wenn dem Verkehr überhaupt nicht zum Bewußtsein kommt, daß herkunftshinweisende Merkmale einer Warenbezeichnung auch in Konkurrenzzeichen anzutreffen sind.[5] Verwechselt der Verkehr die Herkunftsstätten der mit diesen Zeichen versehenen Waren, so scheidet die Annahme einer Abschwächung der Kennzeichnungskraft von vornherein aus. Dabei ist zu beachten, daß

---

4) Dieser Vorgang wird in der Rechtsprechung des RG sowie in der Literatur auch als Verwässerung bezeichnet. Vgl. RG GRUR 1939,627 (630) -Eloxal-; SCHMIEDER, S. 16; REIMER, GRUR 1931,447 (459); BACHEM, S. 82; BUSSE, § 31 Anm. 3 B I 4b; HARDER, GRUR 1964,299;
Der BGH gebraucht diesen Ausdruck in der Gumax - Entscheidung - GRUR 1952,419 (420) - in dem gleichen Sinn. In der späteren Rechtsprechung verwendet er ihn jedoch nur noch für Tatbestände, in denen es sich um den Schutz besonders bekannter und berühmter Kennzeichnungen gegen eine Beeinträchtigung ihrer Alleinstellung und der auf dieser Einmaligkeit beruhenden einzigartigen Werbewirkung handelt. Vgl. u.a. GRUR 1955,299 (302) - Koma-; 1956,172 (177) -Magirus-; 1958, 500 (503) -Mecki-Igel-; 1959,25 (29) -Triumpf-; 1960,550 (553) -Promonta-; 1959,182 (186)-Quick-; Da der Begriff der Verwässerung für diese Fallgruppe auch ursprünglich entwickelt wurde -vgl. LG Elberfeld JW 1925,502 -Odol-; RGZ 170,137 (153) -Bayer-Kreuz-; - soll er nur dort und mithin nicht in unserem Zusammenhang Verwendung finden. Diese Trennung wird im übrigen auch von den sachlichen Verschiedenheiten gefordert, auf denen die Abschwächung der Kennzeichnungskraft und die Verwässerungsgefahr beruhen. Siehe RÜFFER, S. 33; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG Anm.90 ff;

5) So schon ROSENTHAL, MuW 1923,174; BACHEM, S.97;

eine rechtserhebliche Verwechslungsgefahr bereits dann gegeben ist, wenn ein nicht ganz unbeachtlicher Teil der in Frage kommenden Verkehrskreise die Herkunftsstätten der Ware verwechselt. [6] Ein Wandel der Verkehrsauffassung ist demnach erst dann relevant, wenn er sich in einem solchen Umfang in den beteiligten Verkehrskreisen vollzogen hat, daß kein "nicht ganz unbeachtlicher" Teil mit unveränderter Betrachtungsweise bestehen bleibt. Positiv ausgedrückt bedeutet dies, daß eine Änderung der Verkehrsauffassung erst dann zu berücksichtigen ist, wenn sie den weitaus überwiegenden Teil der beteiligten Verkehrskreise erfaßt hat. [7]

Unter dieser Blickrichtung sollen nun im folgenden die Voraussetzungen einer Abschwächung der Kennzeichnungskraft zusammenhängend und erschöpfend untersucht und dargestellt werden. Dabei empfiehlt es sich, die Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines benutzten Warenzeichens, eines unbenutzten Warenzeichens und einer Warenausstattung getrennt zu behandeln.

Zwar können zur Ermittlung der Verkehrsauffassung im Einzelfall auch die Resultate einer Umfrage durch die Industrie - und Handelskammern oder einer Umfrageforschung eines Marktforschungsinstituts herangezogen werden. Diese anerkannten Beweismittel [8] können die zur Entscheidung einer bestimmten warenzeichenrechtlichen Streitigkeit berufene Stelle aber niemals davon entbinden, sich selbst zu überlegen, wie eine Urteilsbildung über die Meinung der Verbraucher möglich ist.

---

6) Siehe oben Seite 19 ;
7) Vgl. RÜFFER, S. 24 ; KÖHLER, S. 188 ;
8) Eine Befragung von Industrie - und Handelskammern ist prozessual zulässig und als Einholung einer amtlichen Auskunft i.S. der §§ 272 b 437 Abs.2 ZPO zu würdigen (BGH GRUR 1960,232 -Feuerzeug -Ausstattung-). Zur Kritik an dem Beweiswert siehe v.OSTEN, S. 119 ff m.w.N. Bei den demoskopischen Gutachten handelt es sich um eine besondere Art des Sachverständigenbeweises (OLG München GRUR 1956,379 (380); vgl. auch RGZ 167,171 (176); ferner v.OSTEN, S.124 ff. Der BGH verlangt aber zu Recht, daß keine gebundene Fragestellung vorliegt (GRUR 1963,142,145)

§ 2 Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines benutzten Warenzeichens

1) Schwächende Drittkennzeichen

Herkunftshinweisende Merkmale eines bestimmten Warenzeichens können im Einzelfall in eingetragenen Warenzeichen, nicht registrierten Warenbezeichnungen, durchgesetzten Ausstattungen, Firmen und den diesen verwandten Geschäftsbezeichnungen [9] wiederkehren. Es stellt sich damit die grundsätzliche Frage, welche Kennzeichen für eine Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines benutzten Warenzeichens in Betracht zu ziehen sind.

Zweifelsfrei sind hier in erster Linie benutzte eingetragene Warenzeichen zu berücksichtigen. So lassen denn auch die einschlägigen Entscheidungen [10] erkennen, daß dem Klage - bzw. Widerspruchszeichen in diesem Zusammenhang fast ausschließlich in Benutzung befindliche eingetragene Warenzeichen entgegengehalten werden. Dabei kommt freilich nicht der Eintragung, sondern der Benutzung dieser Zeichen die entscheidende Bedeutung zu. Denn eine zur Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines Warenzeichens führende Änderung der Verkehrsauffassung setzt notwendigerweise die tatsächliche Einwirkung der "schwächenden" Kennzeichen auf den Verkehr voraus. [11] Da Zeichen aber unabhängig von einer Eintragung in die Zeichenrolle zur Kennzeichnung von Waren benutzt werden können, [12] ist zwangsläufig auch benutzten Zeichen ohne Registrierung eine

---

9) Zum Beispiel : besondere Geschäftsbezeichnung (§ 16 Abs. 1 UWG), Firmenschlagworte, Geschäftsabzeichen und sonstige unterscheidende Einrichtungen (§ 16 Abs. 3 UWG). Zur Abgrenzung dieser Bezeichnungen siehe BAUMBACH-HEFERMEHL, § 16 UWG, Anm. 95,123,129 ff;

10) Vgl. RG MuW 1923/24,164 - Blonde Locken-; E 2b BS DPA v. 13.11.54 Mitt. 1955,28 - ARWA-; v. 12.2.57 Mitt. 1957,88 -RONICOL-; BPatGerE 3,203 (204) -Plastoband-;

11) Näheres siehe unten unter Ziffer 3)

12) Vergleiche den Wortlaut des § 1 WZG.

schwächende Wirkung zuzurechnen. [13] Haben diese Warenbezeichnungen sogar Verkehrsdurchsetzung und damit Ausstattungsschutz nach § 25 WZG erlangt, so kann nichts anderes gelten. [14]

Kennzeichnende Merkmale eines bestimmten Warenzeichens können aber nicht nur in flächenhaften Gebilden, [15] sondern auch körperlich in zur Warenkennzeichnung benutzten plastischen dreidimensionalen Ausstattungen enthalten sein. Diese Ausstattungen greifen in das Zeichenrecht des Inhabers des Vergleichszeichens ein [16] und können ebenfalls die Grundlage für eine Zeichenschwäche bilden. [17]

Während nun dem Warenzeichen und der Ausstattung die Aufgabe zukommt, auf ein bestimmtes Unternehmen als Bezugsquelle der gekennzeichneten Waren hinzuweisen, bezeichnen Firma und ihr verwandte Geschäftsbezeichnungen zunächst und unmittelbar das Unternehmen als Ganzes. [18] Mittelbar findet aber auch hier eine Kennzeichnung der Herkunft der aus dem Unternehmen stammenden Waren statt. [19] Firmen und verwandte Geschäftsbezeichnungen sind

---

13) Vgl. RGZ 98,225 (229), das einem gelöschten, aber weiter benutzten Warenzeichen eine schwächende Wirkung beilegt. Siehe auch KÖHLER, S. 190; MIOSGA MA 1956,392 (394). Anderer Auffassung ist anscheinend das BPatG in BPatGerE 3,210, das hier ein nicht eingetragenes Warenzeichen von vornherein aus dem Kreis der schwächenden Kennzeichen ausschaltet. Diese Auffassung ist nach dem oben Gesagten unzutreffend.

14) Vgl. BGH GRUR 1957,369 (371) -Rosa-weiß-Packung-;

15) Nach st. Rechtsprechung stellt ein Warenzeichen begriffsnotwendig ein auf der Ware oder ihrer Verpackung anzubringendes flächiges Gebilde dar : Vgl. u.a. RG MuW 1930,227; E 2b BS DPA v.18.11.58 GRUR 1959,237; BGH GRUR 1964, 454 (455) -Palmolive- m.w.N.; Dagegen sprechen sich REIMER, Komm. Kap.4 Anm. 1 ff, TETZNER, GRUR 1951,66 und BAUMBACH-HEFERMEHL, § 1 WZG Anm.20 für die Eintragung plastischer Gebilde in die Zeichenrolle aus. Die Entscheidung dieser Streitfrage kann hier auf sich beruhen.

16) Vgl. BGH GRUR 1956,179 (180,182) -Ettaler Klosterliquer- m.w.N.; 1964,454 (455)-Palmolive-;

17) BGH GRUR 1956,179 (180,182)

18) statt vieler : RGZ 100,266 (267) -Salem Aleikum-; BGH GRUR 1954,123 (124) -Auto-Fox-;

19) BGH GRUR 1954,123 (124) -Auto-Fox-; 1955,487 (488) -Alpha-; TETZNER, § 15 RdNr. 11;

demnach ebenfalls imstande, in den nach § 15 WZG geschützten Rechtskreis eines Warenzeicheninhabers einzugreifen.[20] Damit ist aber auch die Möglichkeit einer die Kennzeichnungskraft eines Vergleichszeichens abschwächenden Wirkung dieser Unternehmenskennzeichen nicht zu leugnen.

Herkunftshinweisende Elemente eines Warenzeichens können nun sowohl in weiteren Kennzeichen des gleichen Zeicheninhabers als auch in Kennzeichen verschiedener Unternehmen anzutreffen sein. Erkennt der Verkehr, daß kennzeichnungskräftige Merkmale eines bestimmten Warenzeichens in weiteren Kennzeichen des gleichen Zeicheninhabers wiederkehren, so bleibt die Kennzeichnungskraft des Ausgangszeichens unberührt. Gehen die beteiligten Verkehrskreise in objektiv zutreffender oder unzutreffender Weise aber davon aus, daß kennzeichnungskräftige Merkmale auch in Kennzeichnungen der Konkurrenz enthalten sind (Drittkennzeichen), so ist eine Abschwächung der Kennzeichnungskraft des Vergleichszeichens bereits eingetreten.

In diesem Zusammenhang ist nun zu beachten, daß Unternehmen dem Verkehr nicht nur als wirtschaftlich unabhängige, konkurrierende Wettbewerber, sondern auch in einer rechtlichen oder wirtschaftlichen Verflechtung gegenübertreten.[21] So kann im Einzelfall die Benutzung gleicher oder ähnlicher Kennzeichen durch mehrere Unternehmen auf ein Konzernverhältnis, auf Lizenzerteilung oder auf sonstige Abreden zurückzuführen sein. Sind diese internen Verhältnisse für das Publikum mit hinreichender Deutlichkeit erkennbar,[22] so beeinträchtigen diese Kennzeichen die Kennzeichnungs-

---

20) Der Eingriff setzt Verwechslungsgefahr und Warengleichartigkeit voraus. Vgl. RGZ 110,234 (236) -Malzmann-; BGH GRUR 1955,415 (416) -Arctuvan-; 1955,487 (488) -Alpha-; 1962,91 (95) -Jenaer Glas-;

21) Vgl. BGH GRUR 1961,347 (352) -Almglocke-;

22) So z.B., wenn die Inhaber gleicher oder ähnlicher Bezeichnungen den Verkehr eindeutig und immer wieder darauf hinweisen, daß es sich um eine Benutzung im Rahmen eines irgendwie gearteten Zusammenschlusses handelt: Vg. RG GRUR 1939,627 -Eloxal-;

kraft des Vergleichszeichens nicht. [23] Die weiteren Kennzeichen sind in diesem Zusammenhang vielmehr erst dann schädlich, wenn dem Verkehr - wie es in der Regel der Fall sein wird [24] - die rechtliche oder wirtschaftliche Verflechtung nicht zum Bewußtsein kommt. [25]

2) Anforderungen an die Beschaffenheit der Drittkennzeichen

Wie bereits aufgezeigt, liegt die Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines Warenzeichens in dem Verlust der herkunftshinweisenden Wirkung eines Zeichenelementes begründet. [26] Im Hinblick auf die verschiedenen Wirkungsrichtungen der Kennzeichnungskraft sind dabei vier Fallgruppen denkbar und von der Rechtsprechung auch anerkannt: Der Untergang der kennzeichnenden Kraft eines selbständig unterscheidenden Zeichenteiles, [27] des Sinngehalts der Kennzeichnung, [28] oder einer für den Gesamteindruck in klanglicher [29] oder bildlicher [30] Hinsicht maßgeblichen Klang- oder Buchstabenfolge.

---

23) BGH GRUR 1961,347 -Almglocke-; MIOSGA, Warenzeichenrecht, S. 155; v.FALCK, GRUR 1961,353;
24) E 2b BS DPA v. 24.3.56 Mitt. 1956,94 -AESCULO-;
25) Vgl. Anm. 23
26) Siehe oben Seite 47; vgl. auch KÖHLER, GRUR 1950,117 (127);
27) Vgl. u.a. RG MuW 1931,86 -Saalegold-; 1931,151 (152) -Terrameyer-; E 2b BS DPA v. 15.11.54 GRUR 1955,155; v. 20.7.55 Mitt. 1956,29 -NIVABION-; v. 20.12.56 Mitt. 1957, 139 -PERTUSSAT-; v. 10.7.57 Mitt. 1957,193 -DIAL-; BPatGerE 3, 203 -Plastoband-;
28) Vgl. u.a. RGZ 53,92 -Stern-; 98,225 -Kaiserkrone-; RG MuW 1922/23,52 -Ankerzeichen-; 1923/24,154 -Schiffszeichen-; 1924/25,8 -Zahnrad-; 1930,171 -Sternteppich-; BGH GRUR 1963,622 (624) -Sunkist-;
29) E 2b BS DPA v. 14.4.55 Mitt. 1956,84 -Arwa-; v. 12.2.57 Mitt. 1957,88 -RONICOL-; v. 10.2.58 Mitt.1958,90 -Provocol-; E 2a BS DPA v. 2.12. 1960 Mitt. 1961,220 -OBECO-; BGH GRUR 1961,413 (415) -Dolex-;
30) E 2b BS DPA v. 27.10.54 Mitt. 1955,86 -Caradrin-; v. 5.10.55 Mitt. 1956,213; v. 30.1.58 Mitt.1958, 148 -Bononerv-; BGH GRUR 1957,339 (341)-Topostasin-

Zeichenelemente, denen nach der Verkehrsauffassung weder an sich noch in der Zusammensetzung mit anderen eine unterscheidende Wirkung zukommt, sind in diesem Zusammenhang freilich ohne Belang. Ein Verlust der ohnehin fehlenden herkunftshinweisenden Bedeutung eines Zeichenelementes ist denkgesetzlich ausgeschlossen. [31] Aus der Vielzahl der einem Klage- bzw. Widerspruchszeichen heute üblicherweise entgegengehaltenen Drittkennzeichen sind daher alle die Kennzeichen, die keinem unterscheidungskräftigen Merkmal des Vergleichszeichens nahekommen, von vornherein auszuscheiden.

Die verbleibenden Kennzeichen gilt es, entsprechend der Kennzeichnungskraft des Vergleichszeichens und den vier Fallgruppen einer Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft, zu ordnen. Dabei versteht es sich von selbst, daß die kennzeichnende Wirkung eines bestimmten Zeichenelementes allenfalls durch solche Drittkennzeichen vernichtet werden kann, die dem Ausgangszeichen gerade in diesem Merkmal nahekommen. [32] So vermögen Konkurrenzzeichen, die lediglich der Bildwirkung oder dem Sinngehalt eines bestimmten Warenzeichens ähnlich sind, die herkunftshinweisende Klangwirkung dieses Zeichens nicht zu beeinflussen. Hier wäre allein zu untersuchen, ob nicht ein für den bildlichen Gesamteindruck bedeutendes Zeichenelement oder der Sinngehalt der Kennzeichnung die Herkunftsfunktion verloren haben. Umgekehrt gilt das gleiche.

Auf der Grundlage dieser Erörterungen soll nun zu den einzelnen Abschwächungsfällen Stellung genommen werden.

---

31) BGH GRUR 1961,347 (350) -Almglocke-;
32) Vgl. BGH GRUR 1963,622 (624) -Sunkist-; BPatG, Mitt. 1963,172 -SIR-; UTESCHER, Mitt. 1963,173; MÜLLER, S. 59; MIOSGA, MA 1959, 370 (372);

a) Untergang der Kennzeichnungskraft eines selbständig unterscheidenden Zeichenteiles

Wort- und Bildzeichen sind in der Regel aus mehreren Bestandteilen zusammengesetzt. Dies heißt aber nicht, daß auch die Kennzeichnungskraft dieser Warenbezeichnungen durch jeweils alle Zeichenbestandteile bestimmt wird. Die Frage, inwieweit ein Warenzeichen für die Betriebsstätte seines Inhabers Hinweischarakter besitzt, ist von der Auffassung der durch das Zeichen angesprochenen Verkehrskreise abhängig. [33] Dabei ist es möglich, daß bereits ein einzelner Zeichenbestandteil zur alleinigen und selbständigen Warenunterscheidung geeignet ist. So hat beispielsweise der Verkehr einst allein dem Wortbestandteil "Saale" des Warenzeichens Saalegold, [34] allein dem Wort "Locken" des Zeichens Blonde Locken [35] die unterscheidende Wirkung zuerkannt. Aus neuerer Zeit ist der Almglocken - Entscheidung des BGH [36] die Feststellung des Berufungsgerichtes zu entnehmen, daß vom Verkehr lediglich der Wortbestandteil Glocke als Hinweis auf einen bestimmten Betrieb empfunden wird.

Wird die Kennzeichnungskraft des Zeichens durch mehrere Zeichenbestandteile bestimmt, so kann auch der sog. Stammbestandteil, [37] d.h. ein durch Zusätze erweiterungsfähiger und abwandelbarer Wortstamm, [38] der zeichenrechtliche Kern, [39] eine

---

33) Vgl. TETZNER, § 31 Rd.Nr. 6; RGZ 100,182 (184) -Gervais-; BGH GRUR 1959,599 (601) -Teekanne-;
34) RG MuW 1931/86
35) RG MuW 1923/24,164
36) BGH GRUR 1961,347 (349)
37) Vgl. BGH GRUR 1962,522 (523) -Ribana-; E 2b BS DPA v. 20.7.55 Mitt.1956,29 -NIVABION-
38) BGH GRUR 1962,522 (523) -Ribana-; E 2b BS DPA v. 23.5.57 Mitt.1957,140 Ur-Farina-;
39) E 2b BS DPA 16.7.54 GRUR 1955,153

selbständig kennzeichnende Wirkung ausüben. Die Eignung eines Zeichenteiles als kennzeichnungskräftiger Stammbestandteil zu wirken, setzt aber voraus, daß diesem Bestandteil für sich Eigenständigkeit und im Rahmen der Gesamtwirkung des Zeichens eine gewisse Selbständigkeit zukommt. [40] Diese Voraussetzungen werden z.B. von dem Stammbestandteil NIVA im Warenzeichen NIVABION [41] und Opal im Zeichen EKOPAL [42] erfüllt.

Im Einzelfall kann es nun vorkommen, daß die herkunftsunterscheidende Wirkung des selbständig kennzeichnenden Zeichenbestandteiles eines Warenzeichens durch das Auftreten gewisser Drittkennzeichen verloren geht.

Dieser Wandel der Verkehrsauffassung kann zunächst zweifelsfrei durch Konkurrenzzeichen mit dem gleichen Zeichenbestandteil bzw. dem gleichen Wortstamm hervorgerufen werden. [43] Hier ist lediglich zu fordern, daß dieser Zeichenteil für den Verkehr auch wirklich erkennbar ist. [44] Denn eine Änderung der Verkehrsauffassung setzt voraus, daß dem Verkehr der gleiche Zeichenbestandteil bzw. der gleiche Wortstamm eines Zeichens in Kennzeichnungen Dritter zum Bewußtsein kommt. [45] Kennzeichnungen, in denen die gleiche Buchstabenfolge, etwa infolge einer unterschiedlichen Silbentrennung, [46] nicht mehr als einheitlicher Bestandteil in Erscheinung tritt, scheiden in diesem Zusammenhang aus.

---

40) Vgl. u.a. E 2b BS DPA 17.9.54 GRUR 1955, 105 -Suprabion-; v. 31.1.1957 Mitt. 1957,139
41) E 2b DPA v.20.7.55 Mitt.1956,29
42) BGH GRUR 1959,420 (422)
43) Siehe die in Anm. 27 genannten Entscheidungen
44) Vgl. E 2b BS DPA v.8.5.56 Mitt. 1957,11 -Dolorsan-; v. 21.12.59 Mitt.1960,37 -Dias-;
45) Vgl. E 2b BS DPA v. 20.7.55 Mitt. 1956,29 -NIVABION-; siehe auch oben Seite 47
46) So kommt die Buchstabenfolge "orsan" in den Zeichen Dolorsan und Vigorsan infolge der Silbentrennung nicht als einheitlicher Bestandteil zur Geltung: E 2b BS DPA v.8.5.56 Mitt. 1957,11 -Dolorsan-;

Es fragt sich weiter, ob ein Totalverlust der Kennzeichnungskraft des selbständig unterscheidenden Zeichenteiles einer Kennzeichnung auch durch Drittkennzeichen mit lediglich ähnlichen Bestandteilen herbeigeführt werden kann. Hier ist zunächst zu beachten, daß der Begriff der Ähnlichkeit den weiten Raum graduell verschiedener Annäherungsmöglichkeiten umfaßt. So können sich Zeichenteile in begrifflicher, klanglicher oder bildlicher Hinsicht derart nahekommen, daß sie der Verkehr, selbst bei einer genaueren Betrachtungsweise als üblich, noch ohne weiteres für identisch hält. Unter welchen näheren Voraussetzungen eine derartige, in der Rechtsprechung zum Serienzeichen treffend als Wesensgleichheit [47] bezeichnete Annäherung gegeben ist, entscheidet der jeweilige Einzelfall. Es wird hier auf die Kennzeichnungskraft der Zeichenbestandteile und den Grad einer etwaigen Verkehrsdurchsetzung abzustellen sein. [48] Aus dieser Sicht hat das Deutsche Patentamt z.B. eine Wesensgleichheit zwischen den Worten ROCHE und ROCHU, [49] HOBBY und Hoby [50] angenommen, eine solche zwischen den Zeichenteilen Tussan und TUSSAT [51] aber verneint.

Auf diesen größtmöglichen Ähnlichkeitsgrad folgt als nächste Stufe die Verwechslungsähnlichkeit. Die Zeichen bzw. ihre Bestandteile sind hier nicht wesensgleich, sondern an sich verschieden.

---

47) Siehe oben Seite 10;
48) Vgl. E 2b BS DPA v. 20.12.56 Mitt. 1957,139 -PERTUSSAT-; v. 8.5.58 Mitt. 1958,199 -ROCHE-; v. 8.11.58 Mitt. 1959,53 -Asta-;
49) E 2b BS DPA v.8.5.58 Mitt.1958,199 (200);
50) E 2b BS DPA v. 18.11.58 Mitt. 1959,56 -Hobynyl-
51) E 2b BS DPA v.20.12.56 Mitt. 1957,139; vgl. auch v.24.1.57 Mitt.1957,54 -Flavol-; v. 22.1.57 Mitt. 1957,88 -Gomban-; BPatGerE 2, 225 (226) -COZURO-;

Die Unterschiede reichen aber nicht aus, die Gefahr einer Verwechslung auszuschalten.

Ohne daß Wesensgleichheit oder eine rechtserhebliche Verwechslungsähnlichkeit vorliegt, kann von einer Ähnlichkeit/letztlich auch dann gesprochen werden, wenn noch nicht jede nur denkbare Möglichkeit einer Verwechslung als ausgeschlossen erscheint. [52] In dieser Bedeutung findet der Begriff der Ähnlichkeit in der früheren Rechtsprechung zum Defensivzeichen Verwendung. [53]

Drittkennzeichen, die das selbständig kennzeichnende Merkmal eines Warenzeichens zwar nicht identisch, aber doch wesensgleich enthalten, können nun ebenfalls zum Verlust des Hinweischarakters dieses Zeichenteiles führen. Dem Verkehr kommt hier ja allenfalls zum Bewußtsein, daß gleiche Zeichenteile in Kennzeichnungen Dritter wiederkehren. Geht der Verkehr im Einzelfall aber hiervon aus, so hat der bislang herkunftshinweisende Zeichenteil des Vergleichszeichens diese

52) RG GRUR 1943,211 (212) -Jkon-; es liegt dann eine "gewisse" Ähnlichkeit vor: RGZ 112,160 (163) -Koffea-; RGZ 114,360 (364); BGH GRUR 1957,228 (230) -Astrawolle-;

53) Die jüngere Rechtsprechung des RG (vgl. RGZ 114,360 ff) billigte dem Abwehrzeichen unter bestimmten Voraussetzungen einen Schutz zu. So mußte das Abwehrzeichen mit dem Gegenzeichen verwechslungsfähig sein und zudem wurde gefordert, daß beide Kennzeichen im Verhältnis zum Hauptzeichen eine "gewisse" Ähnlichkeit aufweisen. Auch mußte für das Hauptzeichen ein zusätzliches Schutzbedürfnis bestehen. Der BGH hat diese Rechtsprechung zunächst übernommen (vgl. GRUR 1953,486 (488) -Nordona-; 1957,228 (230) -Astrawolle-;). In jüngster Zeit hat er aber die Wirkung des Abwehrzeichens entscheidend eingeschränkt (vgl. GRUR 1961,33 ff -Dreitannen-). Eine Abwägung zwischen den Interessen der Inhaber alter und der Anmelder neuer Zeichen veranlaßte ihn zu der Feststellung, daß als Ähnlichkeitsbereich nur der Verwechslungsbereich des Hauptzeichens anerkannt werden kann, wie er sich darstellt, wenn das Hauptzeichen durch Benutzung und normale Verkehrsdurchsetzung zur vollen Entfaltung gelangt ist.

Kennzeichnungskraft verloren.

Wie steht es aber mit Drittkennzeichen, die dem selbständig kennzeichnenden Zeichenbestandteil eines Warenzeichens nicht wesensgleich, sondern verwechslungsähnlich oder ähnlich im Sinn der früheren Rechtsprechung zum Defensivzeichen sind? Kommt dem Verkehr die Ähnlichkeit zum Bewußtsein, so tritt hier kein Totalverlust der herkunftshinweisenden Kraft jenes Zeichenteiles ein. Ein solcher Untergang wäre zwar auch dann anzunehmen, wenn der Verkehrsteilnehmer - einer näheren Betrachtung nicht geneigt - diese Zeichen in der Folgezeit überhaupt nicht mehr beachten würde. [54] Der Verkehr verhält sich nach der Erfahrung des Lebens aber anders. Durch die ihm bewußt gewordene Ähnlichkeit veranlaßt, stellt er auf kleinere, von ihm bislang nur wenig oder überhaupt nicht beachtete Unterscheidungsmomente ab. [55] Hier steht demnach nicht der Verlust der kennzeichnenden Wirkung des Zeichenteiles in toto, sondern des Hinweischarakters einzelner, für den Gesamteindruck des Zeichenteiles bislang bedeutsamer Zeichenelemente zur Diskussion. Es handelt sich mithin um eine andere Fallgruppe.

Hat der Verkehr dem zunächst selbständig unterscheidenden Merkmal eines Warenzeichens diese Wirkung entzogen, so wird dieser Zeichenteil in Alleinstellung aber trotzdem noch eine Kennzeichnungskraft besitzen. [56] Ein Verlust der Herkunfts-

---

54) Vgl. BECHER, § 20 Anm. 13

55) Siehe oben Seite 46

56) DPA v.12.11.1903 Bl.1904,53(54); v.7.10.1903 Bl.1904,176 -Düsseldorfer Löwenbräu-; RHENIUS, § 4 Anm.88; vgl. auch E 2b BS DPA v.12.12.55 Mitt.1956,131 u.v.22.7.57 Mitt.1958,31: In beiden Fällen ist die Eintragung eines in Wortverbindungen verbrauchten Wortstammes (Strophan, Panto) erst im Widerspruchsverfahren infolge Verwechslungsgefahr mit einer bestimmten Wortverbindung gescheitert. Das DPA hat demnach dem verbrauchten Wortstamm in Alleinstellung Kennzeichnungskraft zugebilligt.

funktion ist nur innerhalb der einschlägigen Wort- bzw. Bildzusammensetzungen eingetreten. Es kann hier demnach nicht von einem Freizeichen bzw. von einem freien Warennamen gesprochen werden. 57)

b) Untergang der Kennzeichnungskraft eines bestimmten Sinngehaltes

Der kennzeichnungskräftige Sinngehalt eines Warenzeichens kann unmittelbar durch den Bildgegenstand oder das Wort, aber auch durch einen besonderen, über den eigentlichen Bildgegenstand oder die Wortbedeutung hinausgehenden Gedanken bestimmt sein. Kehrt jetzt der gleiche Sinngehalt für den

---

57) REIMER, Komm. Kap.22 Anm.4, übersieht, daß zwischen der Freizeichenbildung und den Fällen der Abschwächung der Kennzeichnungskraft zu unterscheiden ist.
Die Frage nach dem Unterschied zwischen Freizeichen und freien Warennamen ist streitig. Das RG erblickte den Unterschied im Entstehungsgrund und stellte fest, daß sich ein eingetragenes Warenzeichen wohl zum freien Warennamen (vgl. RGZ 117,408 (413) -Lysol-; JW 1924,1369 -Galalith-;), aber nicht zum Freizeichen entwickeln könne (vgl. RGZ 73,229 (232) -Vaseline-; RGZ 24,74 (75); JW 1926,1977 (1978) -Schuhhof-;). Nach der Spruchpraxis des Patentamtes ist die mit einem Freizeichen versehene Ware von anders bezeichneten Waren gleicher Art begrifflich nicht zu scheiden; der freie Warenname dagegen sondere die betreffende Ware als Ware eigener Art ab (Bl. 1910,301 (302) -Vaseline-; Bl. 1900,242 (243) -Lanolin-;). Das Schrifttum lehnt diese Unterscheidungsversuche überwiegend ab (vgl. REIMER, Komm. Kap. 5 Anm. 6 und Kap. 20 Anm. 1; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 4 WZG Anm. 12).
Siehe in diesem Zusammenhang auch BGH GRUR 1964,458 ff -Düssel -

Verkehr erkennbar [58] auch in Kennzeichnungen der Konkurrenz wieder, so kann dies zu einer Änderung der Verkehrsauffassung und damit zum Untergang der herkunftshinweisenden Wirkung des Sinngehaltes führen.

Im Wirtschaftsverkehr ist eine Kennzeichenschwäche am häufigsten in dieser Fallgestaltung anzutreffen. Die einschlägigen Erkenntnisse der Rechtsprechung sind fast unübersehbar. Begriffe wie: Krone, [59] Stern, [60] Sonne, [61] Schiff, [62] Anker, [63] Zahnrad, [64] Biene [65] haben in vielen Warengebieten jegliche unterscheidende Kraft verloren. Wort- und Bildzeichen, in denen der gleiche Sinngehalt ungezwungen und erschöpfend hervortritt, [66] tragen dabei gemeinsam und gegenseitig zu dieser Entwicklung bei. [67]

Der Untergang des Hinweischarakters eines bestimmten Sinngehaltes einer Warenbezeichnung kann aber nicht nur auf Drittkennzeichen mit gleichem, sondern auch auf Kennzeichnungen mit wesensgleichem Sinngehalt [68] zurückzuführen sein. Der Verkehr

---

58) DPA MuW 1925/26,213 (214) -Stern-; RG MuW 1926/27,180 -Ankerzeichen-;
59) RGZ 98,225 Kaiserkrone; RG MuW 1922/23,38 -Krone-;
60) RGZ 53,92; RG JW 1924,185 Stern v.Hamburg; RG MuW 1930,171 Sternteppich;
61) RG GRUR 1943,345 -Sonnenzeichen-; BGH GRUR 1963,622 (624) -Sunkist-; vgl. auch BGH GRUR 1955,579 -sunpearl-;
62) RG MuW 1923/24,154 -Schiffszeichen-;
63) RG MuW 1922/23,52 -Ankerzeichen-; 1926/27, 180 -Ankerzeichen-;
64) RG MuW 1924/25,8 -Zahnrad-; RGJW 1927,1565 -Zahnrad-;
65) RG GRUR 1936,961 (965) -Biene-;
66) Nur in diesem Fall stimmen Wort und Bild überein; statt vieler: RG JW 1936,2076(2078) -Elektrozeit-; E 2a BS v.6.12.57 Mitt. 1958,75;
67) Vgl. RGZ 98,225 (229) -Kaiserkrone-;
68) Zum Beispiel synonyme Worte;

wertet die Wesensgleichheit als Identität. Er wird hier allenfalls erkennen, daß Drittkennzeichen mit dem gleichen Sinngehalt vorhanden sind. Dann aber hat der Sinngehalt des Vergleichszeichens jegliche Kennzeichnungskraft verloren.

Außerhalb der Wesensgleichheit können Drittkennzeichen mit einem im Verhältnis zum Vergleichszeichen unterschiedlichen Sinngehalt diesem Zeichen letztlich über einen gemeinsamen Oberbegriff nahekommen.[69] Besitzt dieser "gemeinsame Nenner" beim Vergleichszeichen Kennzeinungskraft und findet ihn der Verkehr auch in Kennzeichnungen Dritter wieder, so hat der Sinngehalt insoweit seine Herkunftsfunktion eingebüßt. Der Verkehr wird diese Kennzeichen in der Folgezeit auf Grund ihres jeweils speziellen Sinngehaltes unterscheiden.

Hat ein bestimmter Sinngehalt eines Warenzeichens seine Kennzeichnungskraft eingebüßt, so wird der Verkehr sein Augenmerk auf die besondere Form der einzelnen Zeichen richten. Die Begriffe Freizeichen und freier Warenname sind demnach auch an dieser Stelle fehl am Platz. Ein Bild bzw. ein Wort kann sich nur in seiner besonderen Form, aber nicht nach seinem Sinngehalt zu einem Freizeichen bzw. freien Warennamen entwickeln.[70]

c) Abschwächung der Kennzeichnungskraft in klanglicher Hinsicht

Die herkunftshinweisende Klangwirkung eines Waren-

---

69) So kommt z.B. den Kennzeichen Poet und Poesie ein unterschiedlicher Sinngehalt zu; beide Ausdrücke gehören aber dem gleichen Vorstellungsbereich der Dichtkunst an. Vgl. E 2b BS DPA Mitt. 1957,193

70) Vgl. PA v.5.11.1895 Bl. 1896,65; v.27.4.1898 Bl. 1899,88; v. 28.5.1903 Bl. 1903,174; DPA v. 2.8.62 Mitt.1963,88 (90); FINGER, S. 104

zeichens wird durch die natürliche Silbengliederung und Vokalfolge, aber auch durch markante Zeichenbestandteile entscheidend bestimmt. [71] So ergibt sich z.B. die Klangwirkung des Zeichens ARWA [72] aus der Zweisilbigkeit und der Vokalfolge "a-a", des Zeichens Salvator [73] aus der Dreisilbigkeit und der Vokalfolge "a-a-o". Andererseits tragen Anfangsbestandteile wie "Topo" im Zeichen Topostasin [74] oder Schlußbestandteile wie "pect" im Zeichen Thymopect [75] zur klanglichen Gesamtwirkung dieser Zeichen bei. Hier handelt es sich um markante, d.h. selbst bei flüchtiger Wahrnehmung der Kennzeichnung hervortretende Zeichenteile. Davon kann aber bei an sich farblosen Endungen wie al, an, ar, at, in, ol, on u.a. grundsätzlich nicht die Rede sein. Erfahrungsgemäß mißt der Verkehr überdies einem Wortanfang größere Bedeutung zu. [76] Eine Ausnahme ist aber für zweisilbige Zeichen anzuerkennen. Die Endungen "ar" und "al" in den Zeichen TESSAR [77] und Erdal [78] wirken an dem klanglichen Gesamteindruck dieser Kennzeichnungen mit.

Die gleiche Silbenzahl und Vokalfolge oder markante Zeichenteile eines bestimmten Warenzeichens können nun auch in an sich unterschiedlichen Drittkennzeichen anzutreffen sein. Dabei werden Zeichen mit der gleichen Silbenzahl und identischer oder teilweise gleicher Vokalfolge in der Regel die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr begründen.

---

71) Vgl. BGH GRUR 1962,522 (523) -Ribana-;
72) E 2b BS DPA v. 13.11.54 Mitt. 1955,28
73) DPA MuW 1931,548
74) Vgl. BGH GRUR 1957,339 (341)
75) BGH GRUR 1958,81
76) E 2a BS v. 11.2.54 Mitt. 1955,122; BUSSE, § 31 Seite 374;
77) E 2a BS v. 15.3.56 Mitt. 1956,133
78) E 2b BS DPA v. 14.6.1956 Mitt. 1957,90

Unter bestimmten, im einzelnen noch darzulegenden Voraussetzungen kann dem Verkehr der Grund dieser Verwechslungsähnlichkeit zum Bewußtsein kommen. Erkennt er aber, daß Kennzeichnungen verschiedener Inhaber die gleiche Silbenzahl und Vokalfolge aufweisen, so ist die Kennzeichnungskraft dieser Zeichen in klanglicher Hinsicht abgeschwächt. [79]

Drittkennzeichen, die einem klanglich hervortretenden Merkmal eines bestimmten Warenzeichens nahekommen, ziehen eine klangliche Verwechlsungsgefahr hingegen weit weniger notwendig nach sich. Eine Irreführung des Verkehrs kann bereits dadurch ausgeschlossen sein, daß eine bestimmte Klangfolge im Vergleichszeichen am Anfang, in den Kennzeichnungen Dritter aber am Ende steht. Auch wird eine Verwechslungsgefahr bei auffallendunterschiedlicher Anzahl und Beschaffenheit weiterer Zeichenteile nicht in Frage kommen. Ist aber im Einzelfall eine klangliche Verwechslungsähnlichkeit zwischen einem bestimmten Warenzeichen und Konkurrenzzeichen u.a. auf einen klanglich gleichen Zeichenteil zurückzuführen, so kann auch hier eine Abschwächung der Herkunftsfunktion der Klangwirkung eintreten. Sie setzt voraus, daß diese mehrfache Verwendung der gleichen Klangfolge den beteiligten Verkehrskreisen zum Bewußtsein kommt. In diesem Augenblick hat dann der betreffende Zeichenteil seine Bedeutung im Rahmen der unterscheidungskräftigen Klangwirkung des Vergleichszeichens eingebüßt. [80]

Es fragt sich nun, ob eine derartige Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines Warenzeichens auch

---

79) Siehe die oben in Anm.29 genannten Entscheidungen;
80) Vgl. BGH GRUR 1958,81 -Thymopect-;

durch Drittkennzeichen herbeigeführt werden kann, die diesem Zeichen zwar ebenfalls über einen gemeinsamen Zeichenteil nahekommen, aber dennoch nicht verwechslungsähnlich sind.

Rechtsprechung und Rechtslehre beziehen zu dieser Frage nur selten Stellung. Die wenigen Autoren, die sich zu ihr äußern, [81] fordern das Vorhandensein verwechslungsähnlicher Drittkennzeichen. Demgegenüber legt der BGH auch Drittkennzeichen mit einer im Verhältnis zum Vergleichszeichen lediglich gewissen Ähnlichkeit eine abschwächende Wirkung bei. Diese Auffassung des BGH kommt zwar nicht in den von ihm geprägten Formulierungen wie: Zeichen, die "nur geringen Abstand halten", [82] "sich nicht oder nur wenig unterscheiden", [83] "keine oder nur geringe Unterscheidungsmerkmale aufweisen" [84] zum Ausdruck. Bereits die ARCTUVAN-Entscheidung [85] zeigt aber deutlich, daß der BGH nicht auf verwechslungsähnliche Drittkennzeichen abstellt. Der BGH hat hier die Abschwächung der Kennzeichnungskraft des Klagezeichens ARCTUVAN zum Teil mit dem Vorhandensein der Zeichen ATOPHAN und ADJUVAN begründet und gleichzeitig festgestellt, daß diese Zeichen mit dem Klagezeichen nicht verwechselbar sind. [86]

Diese Rechtsprechung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Eine Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines Warenzeichens durch außerhalb des Bereiches der Verwechslungsähnlichkeit stehende Kennzeichnungen Dritter ist nicht denkbar. Kennzeichnungen,

---

81) RÜFFER, S. 30,31 u. GRUR 1961,212 (216); UTESCHER, GRUR 1930,358 (373); LEO GRUR 1963, 607 (613);
82) GRUR 1952,419 (420) -Gumax-;
83) GRUR 1954,192 (193) -Dreikern-; GRUR 1957,228 (230) -Astrawolle-;
84) GRUR 1956,183 (185) -Drei Punkt-; GRUR 1955,484 (486) -Luxor-;
85) GRUR 1955,415 (417)
86) Siehe auch BGH GRUR 1957,435 (438) -Eucerin-; 1958,233 (235) -Whipp-;

die im Verhältnis zu einem bestimmten Warenzeichen nicht verwechslungsähnlich sind, greifen nicht in den zeichenrechtlichen Schutzbereich dieses Zeichens ein. Da dieser aber durch die Kennzeichnungskraft der Bezeichnung bestimmt wird, scheidet hier zwangsläufig auch eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Kennzeichnungskraft aus. Zudem ist der Verkehr in diesen Fällen zu einer genaueren Betrachtung nicht veranlaßt. [87] Für eine Abschwächung der Kennzeichnungskraft in klanglicher Hinsicht sind demnach nur verwechslungsähnliche Zeichen geeignet.

d) Abschwächung der Kennzeichnungskraft in bildlicher Hinsicht.

Der optische Gesamteindruck eines Bildzeichens ist von der äußeren Form und Ausgestaltung des Bildes, [88] der eines Wortzeichens von der Form der Buchstabenfiguren, [89] der Buchstabenzahl [90] und dem Wechsel zwischen Ober- und Unterlänge der Einzelbuchstaben [91] abhängig. Kehren nun in diesem Zusammenhang bedeutsame Teile eines bestimmten Warenzeichens auch in Kennzeichnungen Dritter wieder, so kann dies ebenfalls zu einer Abschwächung der Kennzeichnungskraft - diesmal in bildlicher Hinsicht - führen. [92] Dem Verkehr wird

---

87) BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG An. 69 nehmen eine Schwächung ebenfalls nur dann an, wenn der Verkehr bei Vorkommen ähnlicher Zeichen auch tatsächlich genötigt ist, auf geringfügige Unterschiede zu achten. Vgl. auch RÜFFER aaO.

88) Vgl. RG JW 1924,700 (701) -Kaffekanne-;

89) Vgl. RG JW 1930,1681 (1682) -Reinhardt-; RUDERT, Diss.S.32

90) Vgl. TETZNER, § 31 RdNr. 38; LIEBERWIRTH, GRUR 1956,198 (199); HUBBUCH, GRUR 1960,283 (286); E 2b BS DPA v.27.10.54 Mitt.1955,86; v. 5.1.56 Mitt. 1956,58;

91) Vgl. TETZNER, aaO.; HUBBUCH, aaO.; LIEBERWIRTH, GRUR 1956,198 (200); E 2a BS DPA v. 9.4.56 Mitt. 1956,137;

92) Vgl. die oben in Anm. 30 genannten Entscheidungen

diese Sachlage aber allenfalls dann zum Bewußtsein kommen, wenn es sich um verwechslungsähnliche Konkurrenzzeichen handelt. Insoweit treffen die Ausführungen zur Abschwächung der Kennzeichnungskraft in klanglicher Hinsicht in gleicher Weise zu und brauchen also hier nicht wiederholt zu werden.

3) Tatsächlicher Gebrauch und Intensität des Gebrauchs der Drittkennzeichen

Die Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines Warenzeichens vollzieht sich durch eine Änderung der Verkehrsauffassung. Sie kann demnach allenfalls dann in Betracht kommen, wenn die Drittkennzeichen auch tatsächlich benutzt werden. Denn nur in diesem Fall ist eine Beeinflussung der Verkehrsauffassung möglich. Allein in der Warenzeichenrolle eingetragene Zeichen Dritter üben im Verhältnis zur Kennzeichnungskraft eines benutzten Warenzeichens keine schwächende Wirkung aus. Das alles steht außer Streit. [93] Wie HEYDT [94] zutreffend bemerkt, werden die Eintragungen in die Zeichenrolle ja nicht in Illustrierten, sondern in dem vom Verbraucher im allgemeinen nicht gelesenen Warenzeichenblatt veröffentlicht. Die Maßgeblichkeit der Benutzungslage bedeutet nun aber nicht, daß der Einfluß störender Drittkennzeichen auf die Verkehrsanschauung mit der Einstellung der Benutzung schlagartig beendet ist. Diese Kennzeichen wirken vielmehr je nach dem Ausmaß, in dem sie im Verkehr in Erscheinung getreten sind, noch für eine

93) Vgl. u.a.: RGZ 98,225 (228) -Kaiserkrone-; RG MuW 1931,86 (87) -Saalegold-; BGH GRUR 1951,159 (161) -Störche-; 1952,419 (420) -Gumax-; 1955,484 (486) -Luxor-; GRUR 1955, 579 (582) -Sunpearl-; E 2b BS DPA v. 13.11. 54 Mitt. 1955,28 -ARWA-; v. 8.2.57 Mitt. 1957, 73 -Westa-; UTESCHER GRUR 1930,358 (373); KÖHLER Verwechslungsgefahr S. 190 u. GRUR 1950,117 (127);

94) Mitt.Bl. 1956,29,3o;

gewisse Zeit auf das Publikum ein. [95]

Die bloße Tatsache der Benutzung der Drittkennzeichen genügt jedoch noch keineswegs zum Nachweis einer Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines benutzten Warenzeichens. [96] Werden die entsprechenden Konkurrenzzeichen nur in geringem, ja unbedeutendem Maße benutzt, so scheidet die Möglichkeit einer rechtserheblichen Einwirkung auf die Anschauung des Verkehrs, wie im Fall des gänzlich fehlenden Gebrauchs, von vornherein aus. [97] Eine Schwächung der Kennzeichnungskraft ist vielmehr nur dann denkbar, wenn die Drittkennzeichen in einem den beteiligten Verkehrskreisen gar nicht zu entgehenden Maße benutzt werden. Rechtsprechung und Schrifttum bringen dies mit der Forderung nach einem gewissen, [98] beachtlichen, [99] wesentlichen, [100] nennenswerten [101] Umfang der Benutzung zum Ausdruck. In diesem Zusammenhang wird also der Art und Intensität der vorgenommenen Werbung sowie dem Umsatz eine Bedeutung zuzumessen sein. Auch kommt es entscheidend auf das Ausmaß der Verkehrsdurchsetzung des Ausgangszeichens [102] an. Denn eine Verkehrsgewöhnung wird nur eintreten, wenn insoweit das Stärkeverhältnis zwischen dem Vergleichs- und den Konkurrenzzeichen nicht zu un-

---

95) BGH GRUR 1957,499 (501) -Wipp-; siehe auch RG MuW 1930,240 (241) -Ly-Feder-;
96) BGH GRUR 1955,579 (582) -Sunpearl-; 1956,376 (378) -Neue Berliner Illustrierte-; 1959,420 (421) -Opal-; 1960,186 (188) -Arctos-;
97) E 2b BS DPA v. 10.12.54 Mitt. 1955,83; GODIN-HOTH, § 16 Anm. 12c;
98) Vgl. BGH GRUR 1955,579 (582) -Sunpearl-; 1956, 179 (182) -Ettaler Klosterliqueur-; 1956,376 (378) -Neue Berliner Illustrierte-; 1959,599 (601) -Teekanne-; 1960,186 (188) -Arctos-; GRUR 1961,628 (629) -Umberto Rosso-;
99) Vgl. E 2b BS DPA v. 10.7.58 Mitt.1959,17 -Hanopyrin-; MIOSGA, MA 1957,654 (660);
100) MIOSGA aaO.
101) Vgl. E 2b BS DPA v. 5.10.55 Mitt. 1956,213
102) Vgl. BGH GRUR 1955,484 (486) -Luxor-; 1960, 186 (188) -Arctos-;

gleich ist. [103] So kann die Kennzeichnungskraft eines im Verkehr durchgesetzten Zeichens nur durch solche Drittkennzeichen eine Abschwächung erfahren, die im Verkehr in etwa mit der gleichen Intensität benutzt werden. Damit setzen Zeichen mit Verkehrsgeltung einer Schwächung einen stärkeren Widerstand entgegen als Zeichen, die eine derartige Verkehrsanerkennung noch nicht erreicht haben. Letztere Zeichen werden also schneller und leichter einer Herabminderung der Kennzeichnungskraft unterliegen. [104]

4) Anzahl der Drittkennzeichen

Die Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines benutzten Warenzeichens ist weiter von der Anzahl entsprechend gebildeter Drittkennzeichen abhängig. So findet sich in der Rechtsprechung die Feststellung, daß eine Zeichenschwäche auf das häufige, [105] vielfache, [106] zahlreiche [107] Vorkommen ähnlicher Drittkennzeichen zurückzuführen ist. Teilweise wird die Abschwächung auch aus dem Vorhandensein einer größeren Anzahl, [108] erheblichen Zahl, [109] ganzen Reihe [110] bzw. einer Fülle [111] von Konkurrenzzeichen abgeleitet.

---

103) Vgl. E 2b BS DPA v. 21.6.57 Mitt.1957,232; CALLMANN, § 16 Anm. 61a;
104) Vgl. BGH GRUR 1956,179 (182) -Ettaler Kloster-liqueur-; 1955,484 (486) -Luxor-;
105) Vgl. RG MuW 1923/24,154 (155) -Schiffszeichen-; 1932,233 (235) -Herzbild-; BGH GRUR 1957,499 (501) -Wipp- m.w.N.; E 2a BS DPA v. 18.1.55 Mitt. 1955,2; E 2b BS DPA v. 19.11.55 Mitt. 1956,96;
106) Vgl. RGZ 53,92 (96) -Stern-; RPA v. 2.7.24 MuW 1923/24, 253 (254);
107) Vgl. RG JW 1924,185 -Stern-; RG MuW 1931,86 (87) -Saalegold-; RPA MuW 1932,475 -Kanone-;
108) Vgl. E 2a BS DPA v.15.1.58 Mitt.1958,31 -LINO-; E 2b BS v.10.7.58 Mitt.1959,17 -Hanopyrin-;
109) Vgl. E 2b BS DPA v.22.7.57 Mitt.1958,31 -Panto-;
110) Vgl. RG JW 1927,1565 -Zahnrad-; RG GRUR 1936,961 (965) -Biene-; vgl.BGH GRUR 1951,159(161)-Störche-
111) BGH GRUR 1963,378 (380) -Deutsche Zeitung-;

In Ausfüllung dieser allgemeinen Formulierungen hat das RG im Gilette - Fall [112] eine Abschwächung der Kennzeichnungskraft des Klagezeichens bejaht, weil mindestens zehn, in der Schmalzler-franzl - Entscheidung, [113] weil acht, im Bienen - Fall, [114] weil sieben entsprechend gebildete Drittkennzeichen in Gebrauch waren. Dagegen hat es im Ankerzeichen - Urteil [115] die Auffassung des Berufungsgerichts gebilligt, daß durch sechs Zeichen noch keine Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft eines älteren Zeichens bewirkt wird.

Demgegenüber lassen das Dreiring - Urteil [116] und die Entscheidung betreffend die rosa-weiße Packung der Seife 8 x 4 [117] erkennen, daß der BGH eine Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines Warenzeichens bereits bei drei ähnlichen Konkurrenzzeichen für möglich hält. In dem Thymopect - Urteil [118] bejaht der BGH eine Kennzeichenschwäche auf Grund von sieben Zeichen, im Star-Revue - Fall [119] auf Grund von 38 Zeitschriftentitel und in der Gumax - Entscheidung [120] greift er die Feststellung des Berufungsgerichts, daß eine Schwächung durch 12 benutzte Zeichen herbeigeführt wurde, nur hinsichtlich der Annahme des tatsächlichen Gebrauchs der Kennzeichen an.

Das Reichspa-tentamt hat eine Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft eines Warenzeichens durch drei

---

112) JW 1924,695 (697);
113) MuW 1922/23,40;
114) GRUR 1936,961 (965); die Zeichenschwäche wurde hier nicht, wie Leo, GRUR 1963,607 (608), annimmt, auf 3,sondern auf 7 Kennzeichen zurückgeführt.
115) MuW 1926/27,185 (186);
116) GRUR 1954,192 (194);
117) GRUR 1957,369 (371);
118) GRUR 1958,81 (82). Allerdings zählte hier die Tatsache der Schwächung zum unstreitigen Sachverhalt.
119) GRUR 1957,275 (277);
120) GRUR 1952,419 (420);

Konkurrenzzeichen mit einem gleichen Bestandteil wegen der verhältnismäßig geringen Anzahl der Zeichen verneint, [121] durch 11 [122] bzw. 12 [123] Kennzeichen des gleichen Begriffes aber bejaht.

Vom Deutschen Patentamt wurde eine Zeichenschwäche auf 2, [124] 3, [125] 6, [126] 8 [127] und 10 [128] entsprechende Drittkennzeichen zurückgeführt.

Schließlich ist der Rechtsprechung des BPatG zu entnehmen, daß dieses zwar noch nicht bei 2, [129] aber bei 3 [130] Konkurrenzzeichen von einer Abschwächung der Kennzeichnungskraft ausgeht.

Eine Abschwächung auf Grund eines einzigen Drittkennzeichens wird allgemein abgelehnt. [131]

---

121) MuW 1930,209 -Miranese-;
122) MuW 1932,428 -lachende Sonne-;
123) MuW 1931,462 -Segelschiffzeichen-;
124) E 2b BS DPA v. 19.3.55 Mitt.1955,113; v. 11.7.55 Mitt. 1956,158
125) E 2b BS DPA v. 28.10.55 Mitt.1956,131 -Diabetylin-; v. 10.2.58 Mitt. 1958,90 -Provocol-;
126) E 2b BS DPA v. 15.11.54 GRUR 1955,155 -CORAMINE-; E 2a BS DPA v. 18.2.56 Mitt. 1956,157
127) E 2b BS DPA v. 5.3.58 Mitt. 1958,217 -KASTANOL-;
128) E 2b BS DPA v. 13.11.54 Mitt. 1955,2
129) BPatG v. 26.7.63 Mitt. 1964,188 (189);
130) BPatG, Mitt. 1964,189 -Casaphen-;
131) Vgl. u.a. E 2b BS DPA v. 1o.9.54 GRUR 1955, 58 (59); E 2a BS DPA v. 8.7.60 Mitt. 1961, 90 (92); v. 26.1.57 Mitt. 1957,46 (47); BGH GRUR 1955,579 (582) -sunpearl- steht dem nicht entgegen. Hier werden lediglich die Anforderungen an e i n schwächendes Zeichen dargelegt. Der BGH bringt hier aber nicht zum Ausdruck, daß bereits ein Zeichen zur Abschwächung genügt.

Im Schrifttum äußert sich, soweit ersichtlich, nur RÜFFER [132] zur unteren Grenze der für eine Abschwächung erforderlichen Anzahl an Drittkennzeichen. Er stellt auf drei bis vier Kennzeichen ab. Diese Zahl erscheint jedoch für den Regelfall als zu gering. Das gleichzeitige Vorkommen eines bestimmten herkunftshinweisenden Merkmals in Kennzeichen verschiedener Unternehmen gelangt dem Verkehr im Normalfall ja nur durch die Häufigkeit der Verwendung zum Bewußtsein. [133] Wie bereits aufgezeigt, [134] nimmt das allgemeine Publikum in der Eile des Geschäftsverkehrs die einzelnen Kennzeichen nur flüchtig und oberflächlich wahr. Sind daher nur wenige Kennzeichen mit dem gleichen unterscheidungskräftigen Merkmal vorhanden, so wird der Verkehr die gekennzeichneten Waren erfahrungsgemäß dem gleichen Unternehmen zuschreiben. Bei drei oder vier Kennzeichen kann demnach zumindest noch nicht davon ausgegangen werden, daß bereits der weitaus überwiegende Teil der beteiligten Verkehrskreise [135] die mehrfache Verwendung eines bestimmten Zeichenelementes in Kennzeichen verschiedener Unternehmen erkannt hat. Vielmehr werden fünf bis sieben Drittkennzeichen in Gebrauch sein müssen, ehe eine Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines Warenzeichens in Betracht zu ziehen ist. In diesem Fall wird das

---

132) RÜFFER, S. 39,40 und GRUR 1961,212 (216). Nach TETZNER, § 31 RdNr. 44 kommt es nicht auf die Anzahl der Parallelkennzeichen an. Aus dem Zusammenhang seiner Ausführungen ergibt sich aber, daß sich diese Feststellung auf lediglich eingetragene Zeichen bezieht. Die Zahl der unbenutzten Zeichen spielt für eine Schwächung freilich keine Rolle.

133) Vgl. RG MuW 1931,261 (262) und die oben wiedergegebenen allg. Formulierungen der Rechtsprechung

134) Siehe oben Seite 20;

135) Siehe oben Seite 48;

Publikum in der Regel einige dieser Bezeichnungen im Geschäftsverkehr nebeneinander wahrnehmen.

Diese untere Grenze besitzt nun freilich keine Allgemeingültigkeit. Auch hier kommt es auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles an. [136] So ist die Grenze einmal von der Art der betreffenden Ware und der Betrachtungsweise der durch die Ware angesprochenen Verkehrskreise abhängig. Käufer von hochwertigen Gegenständen betrachten die einzelnen Kennzeichen weit weniger oberflächlich als Abnehmer von Massenartikeln. [137] Auch bei Waren, deren Verwendung auf Fachleute beschränkt ist, findet eine der Sachkunde und Urteilskraft dieses Abnehmerkreises entsprechende genauere Betrachtung der Kennzeichen statt. Diesen Verkehrskreisen wird demnach das Vorkommen herkunftshinweisender Merkmale eines bestimmten Warenzeichens in Bezeichnungen der Konkurrenz bereits bei weniger als fünf bis sieben solcher Drittkennzeichen zum Bewußtsein kommen. In diesem Fall kann die Zahl 3 als Anhaltspunkt dienen. Andererseits kann der Verkehr im Einzelfall die mehrfache Verwendung bestimmter Zeichenelemente auf Grund einer unterschiedlichen Qualität der mit den einzelnen Kennzeichen versehenen Waren oder infolge eines ausdrücklichen Hinweises auf die Unterschiede der Bezeichnungen in der Werbung auch bei weniger als fünf bis sieben Drittkennzeichen erkennen. Benutzungsintensität und Zeitdauer werden ebenfalls eine gewisse Rolle spielen.

Nach oben ist die Zahl ähnlicher Drittkennzeichen nicht begrenzt. [138] Von der Abschwächung

136) Vgl. BGH GRUR 1957,499 (501) -Wipp-;
137) Vgl. oben Seite 20/21;
138) RÜFFER, GRUR 1961,212 (216);

der Kennzeichnungskraft eines Warenzeichens ist um so leichter auszugehen, je mehr entsprechend gebildete Konkurrenzzeichen im Verkehr Verwendung finden.

5) Zeitraum der Verwendung der Drittkennzeichen

Die Annahme einer Zeichenschwäche setzt weiter voraus, daß die "schwächenden" Drittkennzeichen im Verkehr bereits eine nicht zu kurze, [139] längere [140] Zeit in Gebrauch sind. Die zahlenmäßige Festlegung dieser Zeitspanne ist schwierig und wird von der Rechtsprechung bislang erst gar nicht versucht. In diesem Zusammenhang kommt es auf die Benutzungsintensität der Drittkennzeichen, [141] die Art der Ware und die jeweils beteiligten Verkehrskreise an. Drittkennzeichen, die in großem Umfang im Verkehr Verwendung finden, können wohl bereits nach einem einjährigen Gebrauch zu einer Schwächung der Kennzeichnungskraft eines bestimmten Warenzeichens führen.

Eine kürzere Zeitspanne dürfte hingegen nicht genügen. [142] Dem Verkehr wird das gleichzeitige Vorkommen bestimmter herkunftshinweisender Merkmale in Kennzeichnungen verschiedener Unternehmen ja nicht schlagartig, sondern ganz allmählich zum Bewußtsein kommen. Eine weitere Zeitspanne vergeht, bis die Verkehrsgewöhnung dann den weitaus überwiegenden Teil der Abnehmer erfaßt hat. Handelt es sich um hochwertige Gegenstände oder

---

139) Vgl. E 2b BS v. 15.6.55, Mitt. 1956,32;
140) RG JW 1927,101 -Schneekönig-; RPA GRUR 1943, 41 -Lux-; E 2b BS DPA v. 5.10.55 Mitt. 1956, 213 v. 12.2.57 Mitt. 1957,88 -RONICOL-; RGZ 100,264 (265) -Salem Aleikum-; RG GRUR 1936, 961 (965) -Biene-.
Siehe auch BGH GRUR 1955,95 (96) -Buchgemeinschaft- und GRUR 1955,481 (483) -Hamburger Kinderstube-; hier hat der BGH dem BerG u.a. aufgegeben,den Zeitraum der Verwendung nachzuprüfen.
141) KOHLER, Verwechslungsgefahr, S. 189
142) RUFFER, S. 25 stellt für den günstigsten Fall lediglich auf einen mehrmonatigen Zeitraum ab.

setzen sich die beteiligten Verkehrskreise ausschließlich aus Fachleuten zusammen, so muß das gleiche gelten. Im Normalfall wird jedoch aus den genannten Gründen auf eine Mindestzeitspanne von zwei bis drei Jahren abzustellen sein.

Da die einzelnen Konkurrenzzeichen im Verkehr ja nicht gleichzeitig in Erscheinung treten, sind der Berechnung des Zeitraumes die zuletzt in Gebrauch genommenen Kennzeichen zugrunde zu legen.

6) Benutzungsgebiet der Drittkennzeichen

Kennzeichen, die einem bestimmten Warenzeichen in herkunftshinweisenden Merkmalen entsprechen, können im ganzen Bundesgebiet, aber auch örtlich oder gebietlich begrenzt in Erscheinung treten. Damit stehen wir vor der grundsätzlichen Frage, ob es in jedem Fall zu einer rechtserheblichen Herabminderung der Kennzeichnungskraft des Ausgangszeichens kommen wird.

Nach der Rechtsprechung haben zwar nicht der örtlich beschränkte, [143] wohl aber der gebietlich begrenzte [144] sowie der das ganze Bundesgebiet umfassende [145] Gebrauch der Drittkennzeichen eine rechtlich beachtliche Schwächung der Kennzeich-

143) Vgl. BGH GRUR 1955,579 (582) -sunpearl-; 1956,179 (182) -Ettaler Klosterliqueur-; E 2b BS DPA v. 21.3.57 Mitt. 1957,113;
144) Vgl. BGH GRUR 1954,192 (194)-Dreiring-: hier hat der BGH eine rechtserhebliche Schwächung der Kennzeichnungskraft durch allein in Süddeutschland verwendete Drittkennzeichen für möglich erachtet. Siehe auch RG MuW 1931,261 (262);
145) Die Rechtsprechung spricht dies erst gar nicht ausdrücklich aus. Die Entscheidungen zum örtlich bzw. gebietlich begrenzten Vorkommen der Drittkennzeichen lassen diese Einstellung jedoch klar erkennen.

nungskraft zur Folge. Eine Begründung für diese Annahme wird allerdings nicht gegeben. Mit Ausnahme von RÜFFER [146] stellt auch das Schrifttum [147] keinerlei Überlegungen an. Dieser aber hat unter Hinweis auf den erforderlichen Umfang der Verkehrsgewöhnung dargelegt, daß allenfalls eine Verwendung der Kennzeichen im ganzen Bundesgebiet zu einer rechtserheblichen Schwächung der Kennzeichnungskraft des Ausgangszeichens führen kann.

Wie bereits mehrfach betont, ist eine Änderung der Verkehrsauffassung nur dann relevant, wenn sie den weitaus überwiegenden Teil der beteiligten Verkehrskreise erfaßt hat. Der räumlich begrenzte Gebrauch der Drittkennzeichen mag zwar dazu führen, daß die kennzeichnende Wirkung eines bislang herkunftshinweisenden Merkmals des Ausgangszeichens in den Augen fast aller Verkehrsteilnehmer d i e s e s Bereiches verlorengeht. Diese Verkehrsgewöhnung ist aber durch den örtlichen bzw. gebietlichen Verwendungsbereich der Drittkennzeichen begrenzt. Notwendigerweise ist deshalb weiter zu prüfen, ob damit bereits der weitaus überwiegende Teil der beteiligten Verkehrskreise von einer Änderung der Verkehrsauffassung erfaßt ist. Im Regelfall ist dies zu verneinen. Nach den Erfahrungen des Lebens wird in dem Bereich des Zeichenschutzes außerhalb einer örtlich bzw. gebietlich begrenzten Verkehrsgewöhnung zumindest ein nicht ganz unbeachtlicher Teil

146) RÜFFER, S. 26

147) Vgl. BUSSE, § 15 Anm. 7 I E und BUSSMANN-PIETZCKER-KLEINE, § 19 C II 2 geben die aufgezeigte Rechtsprechung kritiklos wieder. Nach BACHEM, S. 94 ist es "wohl denkbar", daß die Kennzeichnungskraft für räumlich beschränkte Gebiete gemindert ist.

tatsächlicher oder potentioneller Abnehmer der betreffenden Ware anzutreffen sein. Bei diesem Teil der Verkehrsteilnehmer sind nach wie vor Verwechslungen zwischen dem Ausgangszeichen und den Drittkennzeichen zu besorgen. Dabei spielt es in diesem Zusammenhang keine Rolle, wenn die einzelnen Drittkennzeichen und vielleicht sogar das Ausgangszeichen in diesem Bereich noch keine Verwendung finden. Die Möglichkeit einer Verwechslung ist jedenfalls naheliegend, da jederzeit mit einer Verwendung in diesem Gebiet gerechnet werden kann.[148] Ist aber die Gefahr einer Verwechslung im Geltungsgebiet des Zeichenschutzes bei einem nicht ganz unerheblichen Teil der beteiligten Verkehrskreise begründet, so ist für die Annahme einer rechtlich beachtlichen Verkehrsgewöhnung kein Raum. Im Normalfall kann daher nur der Gebrauch der Drittkennzeichen im ganzen Bundesgebiet zu einer rechtserheblichen Schwächung der Kennzeichnungskraft des Ausgangszeichens führen.

7) Warenmäßiger Verwendungsbereich der Drittkennzeichen

Die Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines benutzten Warenzeichens ist letztlich auch von dem warenmäßigen Verwendungsbereich der Drittkennzeichen abhängig. Das RG hatte zeitweilig zwar den gegenteiligen Standpunkt eingenommen und ausgeführt, daß eine Kennzeichnung, die auf den verschiedensten Gebieten der Warenerzeugung und des Warenhandels in ähnlicher Form anzutreffen ist, in der Wertschätzung des Publikums als Kennzeichnungs-

148) BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG Anm. 24

mittel im allgemeinen diskreditiert sei. [149] Diese Rechtsprechung fand aber weder in der Spruchpraxis des RPA [150] noch im älteren Schrifttum [151] Widerhall. Zutreffend wies man hier darauf hin, daß die Warenbezeichnung einer bestimmten Ware durch Kennzeichen, die auf entfernt liegenden Warengebieten auftreten, nicht berührt und die Kennzeichnungskraft in diesem Fall auch nicht beeinträchtigt wird. [152] Erfahrungsgemäß hat der Verkehr beim Einkauf einer bestimmten Ware nicht gleichzeitig die Kennzeichenverhältnisse auf entfernt liegenden Warengebieten vor Augen.

Das RG ist von seiner Auffassung schließlich abgerückt. In Übereinstimmung mit dem RPA und dem Schrifttum hat es in neuerer Zeit eine Schwächung der Kennzeichnungskraft eines Warenzeichens nur dann in Betracht gezogen, wenn die Drittkennzeichen auf dem gleichen [153] oder einem nahe ver- -

---

149) Vgl. u,a. RGZ 98,225 (231) -Kaiserkrone-; MuW 1922/23,38 -Krone-; MuW 1922/23,52 (54) -Ankerzeichen-; MuW 1922/23,112 (113) -Dreieckzeichen-; JW 1924,185 (186) -Stern von Hamburg-;

150) RPA MuW 1923/24,253 (254); MuW 1929,357; MuW 1925/26, 213 (214) -Stern-;

151) PINZGER, § 31 Anm. 10; FREUND-MAGNUS-JÜNGEL, S. 644; WEDEKIND, GRUR 1928,677 (678); UTESCHER, GRUR 1930,358 (373); CALLMANN, § 16 Anm. 62;
Für die Auffassung des RG sprechen sich lediglich HAGENS, § 20 Anm. 21, S.299, und FINGER, S. 27,496 aus.

152) Vgl. insbesondere RPA MuW 1923/24,253 (254);

153) RG MuW 1924/25,197 (198) -Dreizackstern-; MuW 1931,375 (376) -Pferdemotiv-; GRUR 1940,279 (281) -Vitalis-;

wandten [154] Warengebiet benutzt [155] werden. Mit den Formulierungen: "höchstens noch auf einem benachbarten [156] Warengebiet", [157] "allenfalls noch auf nahe verwandten benachbarten Warengebieten" 158) brachte das RG aber gleichzeitig zum Ausdruck, daß derartige Kennzeichen nicht in jedem Fall eine Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft des Gegenzeichens herbeiführen.

Der BGH,[159] das DPA [160] und das BPatG [161] haben sich dieser Rechtsprechung unter Zustimmung des neueren Schrifttums [162] angeschlossen. Es ist heute anerkannt, daß Konkurrenzzeichen auf benachbarten Warengebieten nur ausnahmsweise zu einer Schwächung der Kennzeichnungskraft des Vergleichszeichens führen werden. In diesem Zusammenhang wird allgemein verlangt, daß sich die Warengebiete derart nahekommen, daß der Verkehr bei der Bedarfsdeckung aus dem einen unwillkürlich

---

154) RG MuW 1923/24,243 -Pfeil-; MuW 1924/25,197 (198) -Dreizackstern-; JW 1927,1565 (1566) -Zahnrad-;

155) Bei Warenzeichen kommt es in diesem Zusammenhang nicht darauf auf, für welche Warengebiete das Zeichen eingetragen, sondern für welche es benutzt wird. Soweit in diesem Abschnitt vom Warengebiet die Rede ist, handelt es sich also um Waren, zu deren Kennzeichnung die betreffende Warenbezeichnung auch tatsächlich benutzt wird.

156) Dieser Ausdruck wird hier augenscheinlich an Stelle der Worte "nahe verwandt" gebraucht.

157) JW 1933,2279 (2280) -Le soleil-;

158) GRUR 1943,345 (346) -Sonnenzeichen-;

159) Vgl.u.a. GRUR 1951,159 (161) -Störche-; 1954, 123 (124) -NSU-Fox-; 1955,91 (92) -Römer-; 1955,579 (581) -sunpearl-; 1957,369 (370) -Rosa-weiß-Packung-;

160) Vgl. E 2b BS DPA v.18.5.56 Mitt. 1956,138 (139); E 2a BS DPA v. 27.8.56 Mitt.1959,13;

161) Vgl. BPatGerE 3,189 (191) -Ski Adrett-; BPatGerE 5,167 (172);

162) Vgl. u.a. BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG, Anm. 73,77; GODIN-HOTH, § 16, Anm. 12 e; DANIELS, S. 2;

mit auf die Kennzeichen achtet, die auf dem benachbarten in Gebrauch sind. [163] Die Frage aber, nach welchen Kriterien eine derartige Warennähe zu beurteilen ist, bleibt weitgehend offen. Auch sind die synonym [164] gebrauchten Ausdrücke "benachbart" und "nahe verwandt" nicht näher erläutert.

Eine genaue Definition dieser Begriffe kann jedoch auf sich beruhen. Sie führt nicht weiter. Hier genügt die negative Feststellung, daß für Warengebiete ohne jegliche technische oder wirtschaftliche Berührungspunkte keine dieser Bezeichnungen zutrifft. Die schwächende Wirkung der betreffenden Drittkennzeichen ist ja nicht von diesen Begriffen, sondern von der aufgezeigten besonderen Warennähe abhängig. Allein ihre Voraussetzungen gilt es zu ermitteln.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist die in Rede stehende Warennähe nicht gegeben, wenn sich das Warengebiet des Vergleichszeichens von den Warengebieten der Konkurrenzzeichen in der Vorstellung des Verkehrs klar abhebt und sich dem Verkehr in einer gewissen Geschlossenheit darbietet. [165] Dem ist beizupflichten. Die Verbraucher

---

163) BGH GRUR 1955,579 (581) -sunpearl-; 1957, 499 (501) -Wipp-; 1961,33 (34) -Dreitannen-; BPatGerE 3,189 (191) -Ski Adrett; RÜFFER, S.27;

164) Vgl. RG GRUR 1943,345 (346) -Sonnenzeichen-; In diesem Zusammenhang ist auch der Ausdruck gleichartig anzutreffen. Vgl. RG MuW 1926/27,253 (254) -Zahnrad-; der BGH spricht in GRUR 1951,159 (161) -Störche-; GRUR 1954,123 (124) -NSU-Fox- und GRUR 1955,91 (92) -Römer- von gleichartigen oder nahe verwandten Warengebieten, in der Sunpearl-Entscheidung GRUR 1955,579 (581), die auf diese Urteile ausdrücklich Bezug nimmt, aber nur noch von benachbarten Warengebieten.

165) Vgl. GRUR 1955,579 (581) -sunpearl-; 1956, 219 (222) -W-5-; 1959,420 (421) -Opal-; 1961,413 (415) -Dolex-;

sind in diesem Fall beim Einkauf von Ware aus dem Warengebiet des Vergleichszeichens in keiner Weise veranlaßt, dieses Zeichen mit den entsprechend gebildeten Drittkennzeichen jener Warengebiete in Vergleich zu setzen und auf die Unterschiede zu achten. Derartige Drittkennzeichen werden dem an der Ware des Vergleichszeichens interessierten Käufer im Moment des Kaufes erst gar nicht zum Bewußtsein kommen. Aus dieser Sicht wird die Kennzeichnungskraft eines für Obst- und Gemüsekonserven benutzten Warenzeichens nicht durch entsprechende Konkurrenzzeichen für Fleisch- und Fischwaren,[166] eines Warenzeichens für Frisiercreme nicht durch Kennzeichen für Waschmittel[167] beeinträchtigt. Dagegen ist die Rechtsprechung bei desodorierenden Hautreinigungsmitteln und desodorierenden Kosmetika,[168] bei Milch und Milchprodukten einschließlich Käse[169] sowie bei Miederwaren und schlank machender gewirkter und gestrickter Ober- und Unterbekleidung[170] von einer zur Zeichenschwäche führenden Warennähe ausgegangen. Allgemeine positive Kriterien für eine derartige Annahme hat sie jedoch nicht aufgezeigt. MIOSGA[171] und WILDE[172] stellen hier auf gattungsgleiche Waren ab. Diese Auffassung vermag aber nicht zu überzeugen. Der Begriff der Gattung wird auch auf dem Warensektor durch die gemeinsamen Merkmale mehrerer Warenarten gebildet.[173] So zählen beispielsweise sowohl Obst- und Gemüse-

166) BGH GRUR 1955,579 (582) -sunpearl-;
167) BGH GRUR 1957,499 (501) -Wipp-;
168) BGH GRUR 1957,369 (371) -Rosa-weiß-Packung-;
169) BGH GRUR 1961,347 (351) -Almglocke-;
170) BPatGerE 3,189 (191) -Ski Adrett-;
171) MA 1956,227 (229);
172) MA 1955,583 (586);
173) Der neue Brockhaus 3.A. unter Art und Gattung;

konserven als auch Fleisch- und Fischkonserven zur Gattung der Nahrungsmittel. Der BGH hat in diesem Fall eine zur Schwächung führende Warennähe aber mit Recht verneint. [174] Waren gleicher Gattung können durchaus in sich geschlossene und voneinander klar abgehobene Warengebiete darstellen. Sie sind als Anhaltspunkt für die Annahme, daß das Publikum beim Einkauf aus dem einen Warengebiet unwillkürlich mit auf die Kennzeichen achtet, die auf dem anderen in Gebrauch sind, nicht geeignet.

LEO [175] verlangt, daß der Verbraucher die Ware nach Art, Preis, Verwendungszweck und etwaigen sonstigen Daten zumindest als gleichartig ansieht und nimmt dies im Fall konkurrierender Waren an. Damit ist ein richtiger Ansatzpunkt gegeben. Die für eine Zeichenschwächung erforderliche Warennähe liegt zweifelsfrei einmal dann vor, wenn die betreffenden Waren nach der Anschauung des Verkehrs unbeschadet ihrer Verschiedenheit zur Befriedigung desselben Verkehrsbedürfnisses bestimmt sind, also im Konsum einander vertreten und sich im Absatz gegenseitig beeinträchtigen. So üben Drittkennzeichen für Surrogate einer bestimmten Ware auch auf dem Gebiet der Originalware eine schwächende Wirkung aus. Hier wird der Verkehr beim Einkauf aus dem einen Warengebiet unwillkürlich mit auf die Kennzeichen achten, die auf dem anderen in Gebrauch sind. Das gleiche muß aber auch dann gelten, wenn sich die betreffenden Warengebiete überschneiden [176] oder der Unterschied der Waren allein in der Art der Ausführungsform - fest, flüssig, pulverisiert - begründet liegt. [177]

174) GRUR 1955,579 (582) -sunpearl-;
175) GRUR 1963,607 (609);
176) Siehe BPatGerE 3,189 (191) -Ski Adrett-;
177) Z.B. Seife/Seifenpulver; Schokolade/Kakaopulver;

Schließlich ist die für eine Schwächung erforderliche Warennähe auch dann zu bejahen, wenn Waren füreinander notwendig sind, d.h. die bestimmungsgemäße Verwendung der einen das gleichzeitige Vorhandensein der anderen voraussetzt. [178] Diese Gegenstände werden nach der Erfahrung des Lebens gleichzeitig angeboten und gekauft. STORKEBAUM [179] spricht insoweit treffend von einer Gebrauchs- und Kaufeinheit.

Der Begriff der zeichenrechtlichen Warengleichartigkeit spielt in dem aufgezeigten Zusammenhang nach allem keine Rolle. [180] Bei ihm kommt es nicht auf die vorbezeichnete Warennähe, sondern allein darauf an, ob der Verkehr die einzelnen Waren als Erzeugnisse ein und desselben Geschäftsbetriebes ansieht. [181].

§ 3 Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines unbenutzten Warenzeichens

Nach der geltenden Rechtsordnung ist die Eintragung eines Warenzeichens in die Zeichenrolle weder von der sofortigen Ingebrauchnahme des Zeichens noch von dem Nachweis eines Benutzungswillens abhängig. [182] So tritt denn auch eine unübersehbare Zahl eingetragener Warenzeichen im Wirtschaftsverkehr überhaupt nicht in Erscheinung. Unbenutzte Warenzeichen sind aber häufig als Widerspruchs-

178) Etwa Nähnadel und Faden
179) MA 1959,489
180) Vgl. BGH GRUR 1955,579 (581) -sunpearl-; 1957,499 (501) -Wipp-; 1961,33 (34) -Dreitannen-; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 Anm.77; vgl. auch Anm. 164; hier findet der Ausdruck gleichartig nicht im zeichenrechtlichen Sinn Verwendung
181) Siehe oben Seite 5;
182) Vgl. § 1 WZG und BGH GRUR 1961,33 (35) -Dreitannen-; BPatG v. 23.11.62 Mitt.1963, 143;

oder Klagezeichen anzutreffen. Im einzelnen ist dabei zwischen Vorratszeichen und Devensivzeichen zu unterscheiden. Dem auf Vorrat eingetragenen Warenzeichen, das der Zeicheninhaber nicht sofort benutzen, sondern für eine künftige Benutzung vorrätig halten will, [183] steht das Defensivzeichen, das überhaupt nicht zur Benutzung, sondern zum Schutz eines benutzten Hauptzeichens vor Gegenzeichen bestimmt ist, [184] gegenüber. Die Grenze zwischen Vorrats- und Defensivzeichen ist freilich flüssig. Das unterscheidende Kriterium liegt allein im Willensentschluß des Zeicheninhabers, der Zeichen, die er zunächst als Defensivzeichen bestimmt hat, später als Vorratszeichen betrachten kann und umgekehrt.

Unbenutzten Warenzeichen kommt nun ebenfalls eine Kennzeichnungskraft zu. Denn Zeichen ohne jegliche Unterscheidungskraft scheitern bereits im Anmeldeverfahren. [185] Die Fähigkeit zur Warenunterscheidung stellt bei unbenutzten Warenzeichen aber keine konkrete, sondern eine abstrakte Größe dar. [186] Zu ihrer Ermittlung ist darauf abzustellen, wie das Publikum die Zeichen im Fall eines Auftauchens im Wirtschaftsverkehr bewerten würde.

In diesem Zusammenhang taucht nun auch die Frage auf, ob die Kennzeichnungskraft eines unbenutzten Warenzeichens durch benutzte oder gar durch unbenutzte Drittkennzeichen beeinträchtigt werden kann.

---

183) Siehe BGH GRUR 1957,224 -Odorex-; REIMER, Komm. Kap.4 Anm. 18 m.w.N.; zu den Schutzvoraussetzungen des Vorratszeichens siehe BGH a.a.O. und GRUR 1957, 499 (500) -Wipp-;
184) Statt vieler: BAUMBACH-HEFFERMEHL, § 1 WZG Anm. 16; zu den Schutzvoraussetzungen des Defensivzeichens siehe BGH GRUR 1961,33 ff. -Dreitannen-; BPatG v. 23.11.62 Mitt. 1963, 143 und oben Seite 57;
185) § 4 Abs. 2 Nr. 1 WZG;
186) Siehe oben Seite 14

1) Abschwächung durch benutzte Drittkennzeichen

Kehrt ein bestimmtes herkunftshinweisendes Merkmal eines benutzten Warenzeichens gleichzeitig in benutzten Kennzeichnungen Dritter wieder, so hat dies unter den oben herausgearbeiteten Voraussetzungen den Verlust der kennzeichnenden Wirkung dieses Elementes und damit eine Abschwächung der Kennzeichnungskraft des Vergleichszeichens zur Folge. In diesem Fall ist aber nicht nur die Kennzeichnungskraft des Vergleichszeichens, sondern gleichzeitig auch die der Konkurrenzzeichen abgeschwächt.[187] Das bislang herkunftshinweisende Merkmal hat diese Funktion in jedem der in Gebrauch befindlichen Drittkennzeichen verloren.

Setzen wir nun an die Stelle des benutzten Vergleichszeichens ein unbenutztes Warenzeichen, so wird eine Verkehrsgewöhnung zwar nicht unter Mitwirkung dieses Zeichens, jedoch durch die benutzten Drittkennzeichen hervorgerufen. Spricht hier der Verkehr einem kennzeichnungskräftigen Merkmal die unterscheidende Wirkung ab, so kommt diesem Element aber auch in einem unbenutzten Zeichen keine Kennzeichnungskraft mehr zu. Das unbenutzte Zeichen wird bei einer Ingebrauchnahme sofort von der betreffenden Verkehrsgewöhnung erfaßt. Die Kennzeichnungskraft eines unbenutzten Zeichens ist aber gerade von der Reaktion des Verkehrs im Fall einer Benutzung des Zeichens abhängig.

Unbenutzte Warenzeichen sind somit ebenfalls einer Schwächung durch benutzte Drittkennzeichen ausgesetzt. Die Beeinträchtigung ihrer Kennzeichnungskraft vollzieht sich unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen eine Herabminderung der

187) Vgl. RÜFFER, S. 25

Kennzeichnungskraft eines benutzten Warenzeichens zustandekommt. [188]

2) Abschwächung durch unbenutzte Drittkennzeichen

Das Deutsche Patentamt vertritt in einigen Entscheidungen [189] die Auffassung, daß die Kennzeichnungskraft eines unbenutzten Warenzeichens selbst durch unbenutzte Drittkennzeichen beeinträchtigt wird. Zustimmend äußern sich BUSSMANN-PIETZCKER-KLEINE, [190] DANIELS [191] und zunächst auch MIOSGA. [192]

Der BGH hat sich mit dieser Spruchpraxis bislang noch nicht auseinandergesetzt. In der Umberto-Rosso - Entscheidung [193] führt er aber aus, daß die Kennzeichnungskraft eines nicht schlechthin unbenutzten Warenzeichens allenfalls durch benutzte Drittkennzeichen beeinträchtigt wird.

Das BPatG hat die Auffassung des Deutschen Patentamtes übernommen. [194] In jüngster Zeit ist jedoch der 4. Senat des BPatG etappenweise von dieser Rechtsprechung abgerückt. Er hat sich zunächst dem Standpunkt des BGH angeschlossen [195] und in einer weiteren Entscheidung [196] dann ausgesprochen, daß eine Schwächung der Kennzeichnungskraft eines unbenutzten Widerspruchszeichens nicht aus der Eintragung ähnlicher Drittkennzeichen hergeleitet werden kann.

---

188) Vgl. BGH GRUR 1957,499 (501) -Wipp- für Vorratszeichen; 1961,231 (232) -Hapol- für Defensivzeichen; ferner RÜFFER, S. 44;
189) E 2b BS DPA v. 29.3.56 Mitt. 1956,211; v.6.4.57 Mitt. 1957,143; v. 12.9.57 MA 1957,795; E 2a BS DPA v. 9.10.59 Mitt. 1961,16; v.24.11.6o Mitt. 1961,71;
190) BUSSMANN-PIETZCKER-KLEINE, § 19 C II 3;
191) DANIELS, S. 2;
192) MIOSGA MA 1957,654 (659, 660); Mitt. 1958, 185 (186);
193) BGH GRUR 1961,628 (630);
194) Vgl. BPatGerE 3,189 (191) -Ski Adrett-; BPatGerE 4,178 (18o);
195) BPatG v. 27.4.64, Mitt.1965,71 (72,73) -Libby's-; die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig.
196) BPatG v. 18.1.65, Mitt. 1965,110 ff. -Vitapulp-; die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig.

Der Auffassung des 4. Senats des BPatG ist beizupflichten. Die Kennzeichnungskraft eines Warenzeichens ist von der tatsächlichen bzw. mutmaßlichen Verkehrsauffassung abhängig. Hieraus folgt, daß sie allein durch eine Änderung der Verkehrsauffassung herabgemindert werden kann. Die bloße Eintragung der Drittkennzeichen kommt dem Verkehr aber überhaupt nicht zum Bewußtsein. Unbenutzte Warenzeichen können somit auch nicht zu einer Änderung der bisherigen Betrachtungsweise des Publikums führen. Taucht ein bislang unbenutztes Warenzeichen nach der Eintragung entsprechender Drittkennzeichen im Wirtschaftsverkehr auf, so wird das Publikum dieses Zeichen in der gleichen Weise wie vor der Entstehung jener Zeichenrechte aufnehmen.

Auch sind unbenutzte Drittkennzeichen nicht deshalb in die Betrachtung einzubeziehen, weil sie möglicherweise bis zur Ingebrauchnahme des unbenutzten Warenzeichens ebenfalls in Benutzung sein könnten. Es ist anerkannt, daß für die Frage der Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines Warenzeichens der Zeitpunkt der Entscheidung maßgebend ist. [197]

In jüngster Zeit erkennt nun auch MIOSGA [198] an, daß die Kennzeichnungskraft eines unbenutzten Warenzeichens in keiner Weise durch unbenutzte Drittkennzeichen beeinflußt wird. MIOSGA zieht diese

---

197) Vgl. u.a. E 2b BS DPA v. 1.9.58 Mitt. 1959, 14; BGH GRUR 1963,626 (628) -Sunsweet-; siehe in diesem Zusammenhang auch Anm. 195 und 196;

198) Der Wandel deutet sich bereits in MA 1959, 370 (371, 372) an und ist in Mitt. 1960, 230 (231), GRUR 1961,266 (268) sowie MIOSGA, Warenzeichenrecht, S. 154, vollzogen.

Drittkennzeichen aber dennoch zur Bestimmung des Schutzbereiches des unbenutzten Vergleichszeichens heran und begrenzt durch sie den Umfang des Verbietungsrechts. Diese vom Begriff der Verwechslungsgefahr unabhängige Begrenzung des Zeichenrechts wird dem Abstandsgrundsatz des BGH jedoch nicht gerecht. Wie bereits bei der Untersuchung der rechtlichen Qualifikation und dogmatischen Rechtfertigung der Abstandsrechtsprechung aufgezeigt wurde, ist sie auch nicht begründet. [199]

§ 4 Abschwächung der Kennzeichnungskraft einer Warenausstattung

Gleich der Kennzeichnungskraft eines benutzten oder unbenutzten Warenzeichens ist auch die Kennzeichnungskraft einer im Verkehr durchgesetzten Warenausstattung einer Beeinträchtigung durch Drittkennzeichen ausgesetzt. Dies erhellt bereits daraus, daß nach dem bisher Gesagten eine Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines benutzten Warenzeichens selbst dann möglich ist, wenn dem betreffenden Warenzeichen infolge Verkehrsdurchsetzung sogar ein Ausstattungsschutz zukommt. [200]

Erscheint ein herkunftshinweisendes Merkmal einer anerkannten Warenausstattung in Warenbezeichnungen der Konkurrenz, so entsteht zwar zunächst die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr. Unter den zu einer Schwächung der Kennzeichnungskraft eines benutzten Warenzeichens führenden Voraussetzungen

---

199) Siehe oben S. 38 ff.

200) Vgl. oben Seite 67/68. Der BGH geht in dem Fußballstiefel - Urteil GRUR 1959,423 (425) ebenfalls von der Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft einer Ausstattung durch Drittkennzeichen aus. Siehe auch TETZNER, § 25 RdNr. 28

tritt aber auch hier eine Gewöhnung des Verkehrs und damit ein Verlust der kennzeichnenden Wirkung dieses Elementes ein.

Da innerhalb des räumlichen Schutzbereiches einer im Verkehr durchgesetzten Warenausstattung in der Regel keine weiteren Ausstattungsrechte mit gleichen herkunftshinweisenden Merkmalen entstehen können, [201] kommen als schwächende Drittkennzeichen vor allem benutzte Warenzeichen, Firmen und ihr verwandte Geschäftsbezeichnungen in Betracht. Besteht die geschützte Ausstattung in einer plastischen und demnach dreidimensionalen Form oder Gestaltung, so ist ihre Kennzeichnungskraft einer Beeinträchtigung durch entsprechende Bildkennzeichen ausgesetzt. [202] Stets ist aber zu beachten, daß die Kennzeichnungskraft einer anerkannten Ausstattung lediglich durch solche Drittkennzeichen eine Abschwächung erfahren kann, die im Verkehr in etwa mit der gleichen Intensität benutzt werden.

---

201) Nach § 25 WZG kann eine Ausstattung innerhalb desselben Wirtschaftsgebietes grundsätzlich nur für e i n e n Betrieb geschützt sein, und zwar für den, als dessen Kennzeichen sie für die vertriebenen Waren anerkannt ist. Daher ist es im Grundsatz nicht möglich, daß gleiche oder verwechslungsähnliche Ausstattungen für 2 Geschäftsbetriebe desselben Wirtschaftsgebietes Schutz genießen. Die Rechtsprechung hat aber eine Ausnahme für den Fall anerkannt, daß eine der beiden Ausstattungen innerhalb des von der anderen beherrschten weiteren Wirtschaftsgebietes eine örtlich begrenzte Verkehrsgeltung erlangt hat. Vgl. BGH GRUR 1955,406 (408/9) -Wickelsterne- m.w.N.; 1961,347 (352) -Almglocke-; siehe auch BAUMBACH-HEFERMEHL, § 25 WZG Anm. 56; unrichtig: REIMER, Kap. 42, Anm. 9.

202) Die eigentümliche Form und äußere Gestaltung einer Ware oder ihrer Verpackung können nach ständiger Rechtsprechung ja nicht als Zeichen eingetragen werden. Vgl. hierzu das oben unter Anm. 15 Gesagte.

Als Ergebnis dieses Kapitels läßt sich also festhalten:

Eine rechtserhebliche Schwächung der Kennzeichnungskraft eines benutzten Warenzeichens ist immer dann gegeben, wenn ein zunächst herkunftshinweisendes Merkmal dieses Zeichens auch in Drittkennzeichen anzutreffen ist und dies vom weitaus überwiegenden Teil der beteiligten Verkehrskreise bemerkt wird. Die Zeichenschwächung stellt einen Ausnahmetatbestand dar und ist von vielen Voraussetzungen abhängig.

Vier Fallgruppen einer Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft sind denkbar. Je nach Lage des Einzelfalles kann der Verlust der herkunftshinweisenden Wirkung eines selbständig kennzeichnenden Zeichenteiles, des Sinngehaltes der Kennzeichnung oder einer für den Gesamteindruck in klanglicher oder bildlicher Hinsicht maßgeblichen Klang- oder Buchstabenfolge zur Diskussion stehen. Dabei sind auf der Seite der schwächenden Warenbezeichnungen sowohl benutzte eingetragene Warenzeichen als auch benutzte Zeichen ohne Registrierung, Ausstattungen, Firmen und Geschäftsbezeichnungen zu berücksichtigen. Von vornherein scheiden hier lediglich solche Kennzeichen aus, deren Benutzung - vom Verkehr erkannt -, auf ein Konzernverhältnis, auf Lizenzerteilung oder auf sonstige Abreden zurückzuführen ist.

Weiter ist zu beachten, daß die kennzeichnende Wirkung eines bestimmten Zeichenelementes nur durch solche Drittkennzeichen vernichtet werden kann, die dem Ausgangszeichen gerade in diesem Merkmal nahekommen. So setzt der Untergang der Kennzeichnungskraft eines selbständig unterschei-

denden Zeichenteiles eines Warenzeichens Konkurrenzzeichen mit dem erkennbar gleichen oder wesensgleichen Zeichenbestandteil bzw. Wortstamm, der Verlust der Kennzeichnungskraft eines bestimmten Sinngehaltes Drittkennzeichen mit dem gleichen bzw. wesensgleichen Sinngehalt voraus. Für die Abschwächung der Kennzeichnungskraft in klanglicher Hinsicht sind Konkurrenzzeichen mit der gleichen Silbengliederung und Vokalfolge oder einem gleichen markanten Zeichenbestandteil erforderlich. Weitere Voraussetzung ist, daß diese Drittkennzeichen dem Vergleichszeichen verwechslungsähnlich sind. Eine Abschwächung der Kennzeichnungskraft in bildlicher Hinsicht ist davon abhängig, daß in diesem Zusammenhang bedeutsame Teile eines bestimmten Warenzeichens auch in Kennzeichnungen Dritter wiederkehren. Hier muß es sich aber ebenfalls um verwechslungsähnliche Konkurrenzzeichen handeln.

In jedem Fall müssen die Drittkennzeichen in einem den beteiligten Verkehrskreisen gar nicht zu entgehenden Maße benutzt werden. Gleichzeitig darf die Verkehrsdurchsetzung des Vergleichszeichens nicht wesentlich größer als die der Konkurrenzzeichen sein.

In der Regel ist der Gebrauch von fünf bis sieben Drittkennzeichen erforderlich, ehe eine Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines Warenzeichens in Betracht zu ziehen ist. Bei Kennzeichen für hochwertige Waren und für Erzeugnisse, deren Verwendung auf Fachleute beschränkt ist, kann bereits die Zahl 3 als Anhaltspunkt dienen.

Eine Schwächung setzt weiter voraus, daß die betreffenden Konkurrenzzeichen mindestens zwei bis drei Jahre in Gebrauch sind. Eine kürzere Zeit-

spanne, mindestens jedoch ein einjähriger Gebrauch, wird bei Kennzeichen, die in großem Umfang im Verkehr Verwendung finden, sowie bei Warenbezeichnungen für die vorbezeichneten Waren ausreichend sein. Der Berechnung des Zeitraumes sind die zuletzt in Gebrauch genommenen Kennzeichen zugrunde zu legen.

Die Drittkennzeichen müssen ferner im ganzen Bundesgebiet Verwendung finden. Eine Ausnahme ist aber dann anzuerkennen, wenn die weitaus überwiegende Zahl der tatsächlichen und potentiellen Abnehmer der betreffenden Ware in einer bestimmten Gegend anzutreffen ist.

Schließlich spielt für die Abschwächung der Kennzeichnungskraft eines Warenzeichens auch der warenmäßige Verwendungsbereich der Konkurrenzzeichen eine Rolle. Kennzeichen auf dem Warengebiet des Vergleichszeichens führen zur Schwächung, auf einem hiervon entfernt liegenden Warengebiet hingegen nicht. Eine schwächende Wirkung geht aber auch von Drittkennzeichen für solche Warengebiete aus, die dem Warengebiet des Vergleichszeichens derart nahekommen, daß der Verkehr beim Einkauf aus dem einen unwillkürlich mit auf die Kennzeichen achtet, die auf dem anderen in Gebrauch sind. Eine derartige Warennähe ist insbesondere zwischen der Originalware und ihren Surrogaten und zwischen sich überschneidenden Warengebieten gegeben.

Auch die Kennzeichnungskraft eines unbenutzten Warenzeichens sowie einer Warenausstattung ist einer Abschwächung durch benutzte Drittkennzeichen ausgesetzt. Eine Schwächung durch unbenutzte Kennzeichnungen Dritter ist jedoch auch hier nicht möglich.

Die Vielzahl der genannten Voraussetzungen zeigt,

daß sorgfältige Recherchen im Rahmen der Prüfung einer Zeichenschwächung unerläßlich sind. Dabei ist auf jedes einem Klage- bzw. Widerspruchszeichen entgegengehaltene Drittkennzeichen einzeln einzugehen.[203]

---

203) BGH GRUR 1957,499 (500) -Wipp-;

VIERTES KAPITEL :

Aussage und Anwendungsbereich des Abstandsgrundsatzes

§ 1 Allgemeines

Auf Grund unserer bisherigen Untersuchungen steht fest, daß der Abstandsgrundsatz ein Hilfsmittel zur Abgrenzung des zeichenmäßigen Schutzbereiches in ihrer Kennzeichnungskraft abgeschwächter Warenbezeichnungen darstellt. Die Grundrichtung der Aussage und des Anwendungsbereiches der Abstandsformel ist somit bereits aufgezeigt. Fast zwangsläufig stellt sich jetzt die weitere Frage, in welcher Weise der Abstandsgrundsatz zur Verneinung oder Bejahung einer Verwechslungsgefahr im engeren oder im weiteren Sinn herangezogen werden kann. Bevor wir uns diesem speziellen Anwendungsbereich des Abstandsgrundsatzes aber zuwenden, soll zunächst noch aufgezeigt werden, daß das Warenzeichenrecht neben der in ihrer Kennzeichnungskraft abgeschwächten Warenbezeichnung auch noch andere Formen einer Zeichenschwäche kennt. Denn eine Darstellung ihrer Ursachen und Auswirkungen trägt in geeigneter Weise zur generellen Umgrenzung des Anwendungsbereiches der Abstandsformel, wenn auch überwiegend nur in negativer Form, bei.

Ein Blick in das einschlägige Schrifttum zeigt, daß nicht nur die in ihrer Kennzeichnungskraft durch Drittkennzeichen beeinträchtigte Warenbezeichnung, sondern insbesondere auch das Warenzeichen beschreibender Natur als schwaches Kennzeichen anzusprechen ist. [1] Dabei handelt es sich

1) Statt vieler: BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG Anm. 70 ff.;
aus einfachen geometrischen Linien und Figuren gebildete Warenzeichen sowie Kennzeichen, die lediglich aus Halte- oder Befestigungsmitteln der Ware bestehen, sind nach ganz allg. Meinung ebenfalls nur schwach. Vgl. RUFFER, GRUR 1961,212 (213,214) m.w.N.

im letztgenannten Fall um nicht ausschließlich beschreibende Bezeichnungen, [2] die in figürlicher Weise gewisse Eigenschaften der gekennzeichneten Ware, deren Art, Zeit und Ort der Herstellung, Verwendung, Wirkungsweise oder sonstige für die Beurteilung der Ware wesentlichen Umstände zum Ausdruck bringen. [3] Nach neueren Erkenntnissen beruht die Schwäche dieser Kennzeichen entweder auf einer von Natur aus schwachen Kennzeichnungskraft oder auf einer Schwäche ihres Monopolrechts.

Der erste dieser beiden in sich grundverschiedenen Tatbestände setzt voraus, daß die beteiligten Verkehrskreise den beschreibenden Inhalt der Kennzeichnung wahrnehmen, der Bezeichnung in Anbetracht einer durch Zusätze, Kürzungen oder sonstige Veränderungen bewirkten individuellen Ausgestaltung insoweit aber eine Fähigkeit zur Warenunterscheidung beilegen. [4] Im Unterschied zu der durch Drittkennzeichen beeinträchtigten Kennzeichnungskraft ist diese hier von Natur aus schwach.

Diese begriffliche Schwäche wirkt sich nun infolge der gegenseitigen Abhängigkeit von Kennzeichnungskraft und Verwechslungsgefahr [5] auch auf den zeichenmäßigen Schutzbereich der betreffenden Warenbezeichnungen aus. Zunächst setzt dies freilich, genau wie bei den in ihrer Unterscheidungskraft durch Drittkennzeichen beeinträchtigten Warenbezeichnungen, voraus, daß der weitaus überwiegende Teil der beteiligten Verkehrskreise von einer Schwäche ausgeht. [6] Solange nämlich eine nicht ganz

---

2) Die Eintragung von rein deskriptiven Kennzeichen in die Zeichenrolle ist durch § 4 Abs.2 Nr.1 WZG gesperrt. Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, § 4 WZG Anm.37

3) Geschäftstätigkeit+, S.269; ULMER, S.102, spricht hier treffend von gemischt-deskriptiven Warenzeichen

4) Vgl. E 2a BS DPA v.29.6.59 Mitt.1960,180

5) Vgl. oben Seite 18 und 19

6) Vgl. oben Seite 48

+ des kaiserlichen Patentamtes

unbeachtliche Zahl von Verkehrsteilnehmern die beschreibende Natur der Warenbezeichnung noch nicht erkannt hat bzw. nicht erkennen wird, ist bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr von einer Phantasiebezeichnung und den üblichen Prüfungsmaßstäben auszugehen. [7] Im anderen Fall aber ist zu berücksichtigen, daß eine in der Kennzeichnungskraft von Natur aus schwache Warenbezeichnung im flüchtigen Verkehr vielfach überhaupt nicht als ein Hinweis auf die Warenherkunft aufgefaßt wird. [8] Dies hat, wie der BGH [9] neuerdings klar herausgestellt hat, zur Folge, daß der Kreis der einer Verwechslungsgefahr ausgesetzten Verkehrsteilnehmer von vornherein erheblich eingeschränkt ist. Besteht nun im Streitfall lediglich eine entfernte Ähnlichkeit zwischen den kennzeichnungskräftigen Elementen der einander gegenüberstehenden Kennzeichnungen, so ist der Kreis der möglicherweise einem Irrtum unterliegenden Personen auch von dieser Seite her und insgesamt dann derart eingeschränkt, daß die Annahme einer rechtserheblichen Verwechslungsgefahr nicht mehr in Betracht kommt. Erfahrungsgemäß rufen hier allein solche Warenbezeichnungen die Erinnerung an ein Vergleichszeichen mit von Natur aus schwacher Kennzeichnungskraft hervor, die der kennzeichnungskräftigen Ausgestaltung dieser Bezeichnung besonders nahekommen. [10] Eine Verwechslungsgefahr ist demnach bereits bei Unterschieden ausgeschlossen, die im Vergleich zu den beiPhantasiebezeichnungen erforderlichen Abweichungen als

---

7) Vgl. BGH GRUR 1958,81 -Thymopect-;
8) Vgl. BGH GRUR 1964,71 (75) -Kaffeekanne-; BACHEM, Seite 103;
9) BGH a.a.O. und GRUR 1964,376 (379) -Eppeleinsprung-;
10) BACHEM, S. 104, führt zutreffend aus, daß eine schwache Erinnerung im allgemeinen nur durch einen starken Anstoß wieder ins Bewußtsein tritt. Vgl. auch WEGNER S. 9.

geringfügig zu bezeichnen sind. [11] Die von Natur aus geringe Kennzeichnungskraft bedingt einen geringen Verwechslungsbereich.

Der zweite Tatbestand der Zeichenschwäche einer beschreibenden Warenbezeichnung trägt nun dem Umstand Rechnung, daß eine Kennzeichnung bereits auf Grund der diesbezüglichen Auffassung einer nicht unbeachtlichen Anzahl fachkundiger Hersteller und Händler als beschreibend anzusprechen ist, [12] diese Bedeutung aber in vielen Fällen von einem zumindest nicht unbeachtlichen Teil der Endabnehmer nicht erkannt wird. Hier ist insbesondere an Warenbezeichnungen zu denken, die aus fremdsprachlichen beschreibenden Angaben [13] oder Fachausdrücken [14] gebildet sind und vom Verkehr fast durchweg in weit mehr als beachtlichem Maße als Phantasiebezeichnungen gewertet werden. Da nun eine rechtserhebliche Verwechslungsgefahr bereits vorliegt, wenn bei einem nicht ganz unerheblichen Teil der beteiligten Verkehrskreise Verwechslungen zu besorgen sind, [15] geht es in diesen Fällen nicht an, den beschreibenden Teil dieser Warenbezeichnungen bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr als nicht herkunftshinweisend außer Ansatz zu lassen. [16] Warenbezeichnungen mit dem gleichen

---

11) Vgl. MIOSGA, Warenzeichenrecht S. 157; siehe auch BGH GRUR 1956,321 (322) -Firmochem-; der BGH bringt diesen Vergleich allerdings nicht klar zum Ausdruck.

12) Auf den Wissens- und Bildungsstand des oftmals fachunkundigen Publikums kann für diese Frage nicht abgestellt werden. Vgl. E 2a BS DPA v. 25.10.58 Mitt. 1959,33; v. 29.4.60 Mitt. 1960,148; BUSSE, § 4 Anm. 1.

13) Vgl. CALLMANN, § 16 Anm. 15 f.

14) Vgl. E 2b BS DPA v. 17.5.56 Mitt. 1957,13 -Digikhellin-; Khellin = Drogenname; v.31.1.58 Mitt. 1958,92 - Plasmal-;

15) Vgl. oben Seite 19;

16) Es ist daher nicht richtig, wenn im Schrifttum u. in der Rechtsprechung bisweilen ohne jede Einschränkung die Auffassung vertreten wird, daß beschreibende Teile bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr außer Betracht zu bleiben haben. Vgl. BUSSMANN, Name S. 204; E 2a BS DPA v. 19.2.55 Mitt.1955,43 v.2.10.58 Mitt. 1959,16.

beschreibenden Teil begründen hier unter der Voraussetzung, daß sie im übrigen keine erheblichen und im Erinnerungsbild der Abnehmer haften bleibenden Unterschiede aufweisen, die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr.

Im Hinblick auf den zeichenmäßigen Schutzbereich einer Warenbezeichnung hat dies nun zur Folge, daß der Inhaber der prioritätsälteren Kennzeichnung die warenzeichenmäßige Verwendung der in seiner Warenbezeichnung enthaltenen beschreibenden Angabe durch Mitbewerber unterbinden kann. Da erfahrungsgemäß aber jeder Wettbewerber an der ungehinderten warenzeichenmäßigen Benutzung solcher Angaben interessiert ist und dieses Interesse zudem bereits in § 4 WZG verankert [17] ist, drängt sich eine Interessenabwägung zwischen diesem Freihaltungsinteresse und dem Schutzinteresse des Kennzeicheninhabers geradezu auf.

Dieser zum Teil auch im Schrifttum [18] und in der Rechtsprechung [19] gezogene Vergleich führt zu dem duch § 4 WZG vorgezeichneten Ergebnis, [20] daß die Belange der Mitbewerber bis auf die Fälle der Verkehrsdurchsetzung des Ausgangszeichens

---

17) Vgl. BGH GRUR 1956,219 (222) -W-5-; HUBMANN, S. 201; MIOSGA, Warenzeichenrecht S. 40;

18) Vgl. u.a. REIMER, GRUR 1931,447 (458,460); BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG Anm. 79; MIOSGA Mitt. 1958, 1 (4) u. Mitt. 1959,288 ff.; METZEN GRUR 1956,103 (104); RUFFER, GRUR 1961, 212 (221);

19) Vgl. BGH GRUR 1955,91 (92) -Römer-; 1960,183 (184) -Kosakenkaffee-; E 2b BS DPA v.17.5.56 Mitt. 1957,13 -Digikhellin-; v. 31.1.58 Mitt. 1958,92 -Plasmal-; vgl. aber auch BGH GRUR 1958,39 -Rosenheimer Gummimäntel-;

20) Solange eine rein beschreibende Bezeichnung nicht Verkehrsgeltung erlangt hat, hindert das Freihaltebedürfnis der Mitbewerber die Eintragbarkeit. Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, § 4 WZG Anm. 32

vorrangig sind.[21] Da aber das Wesen des Warenzeichenschutzes in einer Interessenabwägung besteht,[22] wirkt sich diese Erkenntnis nun dahin aus, daß der Schutz einer Warenbezeichnung dort seine Grenze findet, wo die weitere Ausdehnung zu einer unbilligen Beschränkung der wettbewerblichen Betätigung der Mitbewerber führen würde.[23] Der Inhaber einer prioritätsälteren Warenbezeichnung hat daher die auf der Verwendung des gleichen Deskriptivteiles beruhende Verwechslungsgefahr in Kauf zu nehmen.[24] Das Monopolrecht an der beschreibenden Warenbezeichnung ist insoweit schwach und nicht imstande, den Verwechslungsbereich auszufüllen. Der Schutz der Kennzeichnung ist auf ihre besondere Gestaltung beschränkt.[25]

Abschließend ist also festzuhalten, daß bei der Schutzbereichsbestimmung von Warenbezeichnungen mit von Natur aus schwacher Kennzeichnungskraft bzw.

---

21) Siehe Anm. 18 und 19. Während sich der BGH in GRUR 1955,91 (92) für eine Vorrangigkeit des Freihaltebedürfnisses ausspricht, lehnt er diese in GRUR 1963,630 (631) -Polymar- allerdings ab. Gegen letzte Entscheidung mit Recht, v. HARDER GRUR 1964,299 (301). Durch eine Verkehrsdurchsetzung wird das Freihalteinteresse der Mitbewerber aber überspielt. Vgl. BGH GRUR 1957,88 (93) -Ihr Funkberater-; 1964, 381 (383) -WKS-Möbel-; BAUMBACH-HEFERMEHL, § 25 WZG Anm. 35.

22) Siehe oben Seite 33 ff.

23) BGH GRUR 1955,91 (92) -Römer-; dieses Ergebnis kann im übrigen auch aus dem allg. Wettbewerbsrecht abgeleitet werden, da es anerkannt ist, daß das Zeichenrecht einen Bestandteil dieses Rechtsgebietet darstellt. Vgl. BGH a.a.O.; REIMER, Kap. 14 Anm. 28; TETZNER, Einl. S. 31/32;

24) Vgl. BGH a.a.O.; E 2b BS DPA v. 31.1.58 Mitt. 1958,92 -Plasmal-; v. 21.11.57 GRUR 1958,293; mit zustimmender Anmerkung von HEYDT; TETZNER, § 31 RdNr. 12;

25) BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 Anm. 79;

mit schwachem Monopolrecht jeweils besondere Überlegungen anzustellen sind. Eine Anwendung der Abstandstheorie ist bei diesen Kennzeichen nur dann in Betracht zu ziehen, wenn über die genannte Kennzeichenschwäche hinaus noch eine Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft durch Drittkennzeichen zur Diskussion steht. Nicht die Schwäche schlechthin, sondern ihre jeweilige Ursache ist entscheidend.

§ 2 Inhalt des Abstandsgrundsatzes

Wie bereits dargetan, hat der BGH den Abstandsgrundsatz in ständiger Rechtsprechung dahin formuliert, "daß dem Zeicheninhaber kein Anspruch auf einen weitergehenden Abstand der Konkurrenzzeichen von seinem Zeichen zugestanden werden kann, als er ihn selbst mit seinem Zeichen von anderen Zeichen gewählt und gewahrt hat." Anknüpfend an die Qualifikation dieser Abstandsformel als Maßstab zur Abgrenzung des zeichenmäßigen Schutzbereiches in ihrer Kennzeichnungskraft abgeschwächter Warenbezeichnungen gilt es jetzt herauszuarbeiten, in welcher Weise und mit welchem Ergebnis dieser Grundsatz zur Beurteilung einer Verwechslungsgefahr herangezogen werden kann.

Betrachten wir zunächst das einschlägige Schrifttum, so finden wir bei BAUMBACH-HEFERMEHL, [26] BUSSE [27] und BACHEM [28] als Inhalt des Abstandsgrundsatzes herausgestellt, daß eine Warenbezeichnung in den Verwechslungsbereich eines Gegenzei-

---

26) BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG Anm. 67. Vgl. auch die unter Berufung auf BAUMBACH-HEFERMEHL ergangene Entscheidung des OLG München GRUR 1959,136 (137)-Keimdiät-;
27) BUSSE, § 31 Anm. 3 A II d;
28) BACHEM, S. 87,91 ff.

chens erst dann gerate,wenn es von ihm einen geringeren Abstand als weitere Konkurrenzzeichen aufweist. Nach der Auffassung dieser Autoren nimmt die Abstandsformel also sowohl in positiver wie in negativer Form zu der Frage nach einer Verwechslungsgefahr Stellung. Positiv, da dem Abstandsgrundsatz der Inhalt zugelegt wird, daß eine Warenbezeichnung die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr begründe, wenn sie von einem Vergleichszeichen einen geringeren Abstand aufweist, als ihn diese Kennzeichnung von weiteren Drittkennzeichen eingehalten hat; aber auch negativ, weil ja eine Verwechslungsgefahr erst bei geringerem Abstand gegeben sein soll, sie mithin bei gleichem oder größerem Abstand zu verneinen ist.

Eine völlig andere Deutung erfährt der Abstandsgrundsatz durch TETZNER. [29] Dieser gibt ihn unter Berufung auf die ständige Spruchpraxis des Deutschen Patentamtes [30] dahingehend wieder, daß ein jüngeres Zeichen nicht in den Verwechslungsbereich eines älteren Zeichens gerate, wenn es den Abstand wahrt, den weitere Drittkennzeichen des gleichen Ähnlichkeitsgrades bereits aufweisen. TETZNER legt der Abstandsformel also keine die Verwechslungsgefahr bejahende, sondern lediglich eine sie verneinende Aussage zu.

Nach BECHER [31] schließlich bringt der Abstandsgrundsatz zum Ausdruck, daß das angegriffene Zeichen zum Widerspruchszeichen nur so viel Abstand

---

29) TETZNER, § 31 RdNr. 44. Vgl. auch MIOSGA MA 1957,654 (661); in MIOSGA, Warenzeichenrecht, S. 176, gibt er den Abstandsgrundsatz allerdings i.S. von BAUMBACH-HEFERMEHL wieder.

30) Vgl. u.a. E 2b BS DPA v. 20.12.55 Mitt.1956, 87 -Silva-; v. 18.5.56 Mitt. 1956,138 -Aescosulf-; v. 19.9.56 Mitt. 1957,53 -Presinol-; v. 24.1.57 Mitt.1957,89 -Siodan-;

31) BECHER GRUR 1961,120 (126);

einzuhalten brauche wie die älteren Kennzeichen untereinander. Soweit ersichtlich, wird der Abstandsformel hier ebenfalls nur eine negative Wirkung zugestanden.

Die Frage, welche Inhaltsangabe nun wirklich zutrifft, führt uns zu der BGH-Rechtsprechung zurück. Einige Entscheidungen des BGH tragen denn auch zur Klärung der Aussage der Abstandsformel bei.

In diesem Zusammenhang ist zunächst die ARCTUVAN-Entscheidung [32] anzuführen. Der BGH, der in diesem Urteil ja auch die dogmatische Grundlage der Abstandsformel aufzeigt, verneint hier eine klangliche Verwechslungsgefahr zwischen dem Klagezeichen ARCTUVAN und der angegriffenen Warenbezeichnung ARTESAN mit der Begründung, daß sich beide Kennzeichen

> "im Klangbilde deutlich und zum mindesten in eben demselben Maße voneinander abheben, wie sich ATOPHAN und ADJUVAN von dem Klagezeichen unterscheiden." [33]

Setzen wir nun anstelle der Worte abheben und unterscheiden den dem Sinne nach gleichbedeutenden Ausdruck abstehen bzw. Abstand, so erhellt, daß der BGH eine Verwechslungsgefahr in klanglicher Hinsicht im Endergebnis deshalb verneint, weil das angegriffene Zeichen im Verhältnis zum Klagezeichen den gleichen klanglichen Abstand wie weitere Drittkennzeichen aufweist. Der BGH führt zur Ermittlung der Verwechslungsgefahr also einen Abstandsvergleich durch. Da dieser nun genau dem nach der Abstandsformel durchzuführenden Abstandsvergleich entspricht und die ARCTUVAN-Entscheidung an anderer Stelle neben dem Wortlaut sogar die dogmatische Grundlage des Abstandsgrundsatzes aufzeigt, muß

---

32) GRUR 1955,415 ff.; siehe oben Seite 24ff.;
33) GRUR 1955,418; siehe oben Seite 26

davon ausgegangen werden, daß die vom BGH infolge Abstandsgleichheit vorgenommene Verneinung der Verwechslungsgefahr dem Inhalt der Abstandsformel entspricht.

Eine weitere einschlägige Entscheidung stellt das Sunpearl-Urteil [34] dar. Nach der Auffassung des BGH weisen hier die den Klagezeichen entgegengehaltenen Drittkennzeichen von diesen Kennzeichnungen einen erheblich größeren Abstand auf, als ihn das angegriffene Zeichen einhält. Unter Berufung auf die Gumax-Entscheidung [35] und damit auf den dort erstmalig dargelegten Abstandsgrundsatz stellt der BGH dann fest, daß es diese Drittkennzeichen nicht rechtfertigen,

> "den Zeichen der Klägerin gegenüber dem der Beklagten den Schutz zu versagen." [36]

Obwohl hier also das angegriffene Zeichen einen geringeren Abstand von den Klagezeichen als sonstige Konkurrenzzeichen einhält, bietet die aufgezeigte Argumentation des BGH für eine Aussage der Abstandsformel dahingehend, daß nur in diesem Fall eine Verwechslungsgefahr bestehe, keinen Raum. Vielmehr läßt auch dieses Urteil als Inhalt des Abstandsgrundsatzes erkennen, daß eine Verwechslungsgefahr bei Gleichheit des Abstandes zwischen Klagezeichen einerseits sowie angegriffener Warenbezeichnung und weiteren Drittkennzeichen andererseits zu verneinen ist.

Die gleiche Aussage der Abstandsformel vermittelt die Rei-Chemie-Entscheidung. [37] Hier übernimmt der BGH kritiklos die von der Revision unter Hinweis auf die ARCTUVAN-Entscheidung vorgetragene

---

34) GRUR 1955,579 ff.
35) GRUR 1952,419 ff.; siehe oben Seite 22 ff.
36) GRUR 1955,583;
37) BGH GRUR 1957,561 ff.

Auffassung,

> "der gleiche geringe Abstand, den die Klägerin bei der Wahl ihrer Firmenbezeichnung von anderen ähnlich zusammengesetzten Bezeichnungen gewählt habe, genüge auch zur Verneinung einer Kennzeichenverletzung durch eine ähnliche Bezeichnung." [38]

Der BGH hält dem lediglich entgegen, daß die Drittkennzeichen von der Klagebezeichnung aber einen größeren Abstand als die Bezeichnungen der Parteien untereinander aufweisen.

Aus jüngster Zeit verdient schließlich noch das WKS-Urteil [39] Beachtung. Klagezeichen WKS-Möbel und angegriffene Warenbezeichnung TKS begründen nach der Überzeugung des BGH die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr. Durch Parteivorbringen veranlaßt, stellt der BGH zudem fest, daß nur eine häufige Verwendung von Bezeichnungen Dritter, die mindestens ebenso große Ähnlichkeiten mit dem Klagezeichen aufweisen, die Annahme der Verwechslungsgefahr entkräften könnte. [40] Wie nun die ständige Spruchpraxis des Deutschen Patentamtes zeigt, [41] gibt auch eine derartige Überlegung den Inhalt des Abstandsgrundsatzes wieder. [42] Denn Warenbezeichnungen, die sich in gleichem Maße, sei es generell oder lediglich in einer bestimmten Richtung, voneinander abheben, aber nicht völlig unterscheiden, kommen sich denknotwendig in irgendeinem Teile in gleicher Weise nahe. So weisen beispielsweise die Warenbezeichnungen Kulminator und Triumphator von dem Zeichen Salvator

---

38) GRUR 1957,563
39) BGH GRUR 1964,381 ff.
40) GRUR 1964,383
41) Siehe oben Anm. 20; ferner: E 2b BS v.1o.2.58 Mitt. 1958,90 -Provocol-; v.19.3.55 Mitt. 1955,113 (114) -Hidroderm-; vgl.auch BPatGerE 3,21o (212) -Präzentra-;
42) Vgl. auch MIOSGA MA 1957,654 (661);

den gleichen klanglichen Abstand auf, da sie ihm klanglich mit Ausnahme des Bestandteiles "ator" sonst in keiner Weise nahekommen. Damit steht aber auch fest, daß den drei Bezeichnungen untereinander der gleiche klangliche Ähnlichkeitsgrad - Bestandteil ator - zukommt. Die These gleicher Abstand - gleicher Ähnlichkeitsgrad [43] bedeutet freilich nicht, daß Abstand und Ähnlichkeitsgrad die gleiche Größe aufweisen. Abstand und Ähnlichkeitsgrad sind umgekehrt proportionale Faktoren; einem kleinen Abstand entspricht ein großer Ähnlichkeitsgrad und umgekehrt.

Auf Grund der aufgezeigten Rechtsprechung kann also festgehalten werden, daß der BGH der Abstandsformel keine die Verwechslungsgefahr bejahende, sondern lediglich eine sie verneinende Aussage beimißt. Und zwar soll nach dem Inhalt des Abstandsgrundsatzes eine Verwechslungsgefahr dann nicht gegeben sein, wenn die angegriffene Warenbezeichnung im Verhältnis zum Klage- bzw. Widerspruchszeichen den gleichen Abstand, d.h. den gleichen Ähnlichkeitsgrad wie weitere Drittkennzeichen einhält. [44] Mit den Worten der Abstandsformel ausgedrückt : Bei einer derartigen Sachlage macht der Zeicheninhaber einen infolge fehlender Verwechslungsgefahr unbegründeten Anspruch auf einen weitergehenden Abstand der angegriffenen Bezeichnung von seinem Zeichen geltend, als er ihn selbst mit seinem Zeichen von anderen Zeichen gewählt und gewahrt hat.

Diese Auffassung des BGH verdient Zustimmung. Eine Anwendung des Abstandsgrundsatzes kommt ja nur dann in Betracht, wenn das Klage - bzw. Widerspruchszei-

---

43) Das Deutsche Patentamt geht in Mitt. 1956,87 -Silva- ebenfalls von dieser Gleichung aus. Vgl. auch E 2b BS v. 19.9.56 Mitt. 1957,53 -Presinol-;

44) Diese Auffassung des BGH klingt bereits in der Rechtsprechung des RG an. Vgl. RG GRUR 1940,568 (569) -Vanosol-;

chen in seiner Kennzeichnungskraft durch Drittkennzeichen beeinträchtigt ist. Schwächende und abgeschwächtes Warenkennzeichen sind - durch Verkehrsgewöhnung bedingt - nicht mehr verwechslungsfähig. Die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr muß demnach auch dann verneint werden, wenn eine neu hinzukommende Warenbezeichnung vom Klage- bzw. Widerspruchszeichen den gleichen Abstand wie die schwächenden Drittkennzeichen aufweist.

In diesem Zusammenhang spielt naturgemäß nicht der Abstand bzw. Ähnlichkeitsgrad der Drittkennzeichen schlechthin, sondern allein der die Schwächung bewirkende Abstand bzw. Ähnlichkeitsgrad eine Rolle. Er ergibt sich aus dem Abschwächungstatbestand und kann je nach den Umständen des Einzelfalles die klangliche, bildliche oder begriffliche Wirkungsrichtung der Kennzeichnungskraft einer Warenbezeichnung betreffen. Korrekterweise muß der Inhalt des Abstandsgrundsatzes daher dahingehend wiedergegeben werden, daß eine Verwechslungsgefahr insoweit nicht in Betracht kommt, als die angegriffene Warenbezeichnung im Verhältnis zu dem abgeschwächten Klage- bzw. Widerspruchszeichen den die Schwächung herbeiführenden Abstand bzw. Ähnlichkeitsgrad der Drittkennzeichen aufweist.[45)]

Entgegen der Auffassung von BAUMBACH-HEFERMEHL, BUSSE und BACHEM kann der Abstandsgrundsatz aber nicht zur Bejahung einer Verwechslungsgefahr herangezogen werden. Die Annahme, daß eine Warenbezeichnung in den Verwechslungsbereich eines Vergleichszeichens erst dann gerate, wenn es von ihm einen geringeren Abstand als weitere Konkurrenzzeichen

---

45) Vgl. BGH GRUR 1963,622 (624) -Sunkist-; der BGH hat hier,"soweit der Sinngehalt in Frage steht",eine Abschwächung festgestellt und i n s o w e i t eine Verwechslungsgefahr verneint.
Siehe auch UTESCHER Mitt. 1963,173.

einhält, ist durch nichts begründet. Insbesondere kann sie nicht auf den Abschwächungstatbestand, die dogmatische Grundlage der Abstandsformel, zurückgeführt werden.

Die Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft eines Klage- bzw. Widerspruchszeichens und damit der Abstandsgrundsatz spielen bei der Prüfung einer Kennzeichenkollision erst dann eine Rolle, wenn eine Verwechslungsgefahr bei unterstellter normaler Kennzeichnungskraft zu bejahen ist. [46] Weist nun ein Konkurrenzzeichen im Verhältnis zum Klage- oder Widerspruchszeichen einen geringeren als den die Schwächung herbeiführenden Abstand der Drittkennzeichen auf, so scheidet eine Heranziehung des Abstandsgrundsatzes zur weiteren Beurteilung der Verwechslungsgefahr in Ermangelung einer Abstandsgleichheit aus. Dies bedeutet aber nicht, daß eine Verwechslungsgefahr dann generell und endgültig anzunehmen ist. In derartigen Fällen gilt es vielmehr festzustellen, ob die unter Zugrundelegung einer normalen Kennzeichnungskraft erfolgte Bejahung der Verwechslungsgefahr noch aufrechterhalten werden kann. In diesem Zusammenhang gewährt die Abschwächung allein einen Anhalt dafür, daß die Verwechslungsgefahr bei genügender sonstiger Unterscheidbarkeit zu verneinen ist. [47]

Nehmen wir z.B. an, die Kennzeichnungskraft des Warenzeichens Terrabona wurde in klanglicher Hinsicht durch Drittkennzeichen abgeschwächt, die ihm klanglich mit Ausnahme des gleichen Anfangs-

---

46) Vgl. MIOSGA, Mitt. 1958,185; BGH GRUR 1961, 413 (415) -Bolex-; OLG München in BGH GRUR 1962,241 -LUTIN-;

47) HAGENS, S. 299; SCHMIEDER, S. 21; OLG Dresden MuW 1932,398;

bestandteiles "terra" - etwa Terrasit, Terrameyer u. dgl. - ansonsten in keiner Weise nahekommen. Jedes neue Terra-Zeichen, das klanglich dem Ausgangszeichen nun auch in dem Bestandteil "bona" irgendwie ähnlich ist - etwa Terranova, Terrakoffa, Terravaria -, weist dann von dieser Kennzeichnung einen geringeren Abstand als die schwächenden Drittkennzeichen auf. Bedenken wir, daß entsprechend dem weiten Feld graduell verschiedener Annäherungsmöglichkeiten eine nahe, weniger nahe und entfernte Ähnlichkeit gegeben sein kann, [48] so tritt die Unmöglichkeit, eine Verwechslungsgefahr allein auf Grund eines geringeren Abstandes des Vergleichszeichens zu bejahen, offen zutage. Denn nach der Lebenserfahrung stimmen Ähnlichkeits- und Verwechslungsbereich nicht überein. [49] Insbesondere ist für eine Verwechslungsgefahr kein Raum, wenn dem gleichlautenden Bestandteil der sich gegenüberstehenden Kennzeichen keine Unterscheidungskraft mehr zukommt und die Ähnlichkeit der weiteren Zeichenteile nur eine entfernte ist. So sind im Beispiel die Warenbezeichnungen Terrabona und Terravaria zweifelsohne klanglich nicht verwechslungsfähig.

Hält ein Vergleichszeichen im Verhältnis zum abgeschwächten Ausgangszeichen einen geringeren Abstand als die schwächenden Drittkennzeichen ein, so bedarf es also stets der besonderen Prüfung, ob durch die kennzeichnungskräftigen Restbestandteile der sich gegenüberstehenden Warenbezeichnungen die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr begründet wird.

Steht nun somit fest, daß der Abstandsgrundsatz

---

48) Vgl. auch SCHRAMM, S. 184, der eine Abstufung - verschleierte Identität - noch weitgehende Ähnlichkeit - abgeschwächte Ähnlichkeit - am Rande des Ähnlichkeitsbereiches - vornimmt.

49) Vgl. BACHEM, S. 46 und oben Seite 57.

zur Bejahung einer Verwechslungsgefahr nicht tauglich ist, so kann die Rechtsprechung des BGH auch nicht als Zirkeltheorie bezeichnet werden. Soweit dieser Ausdruck nämlich in der Literatur in Erscheinung tritt, [50] ist er fast ausschließlich auf die nach allem unbegründete Annahme zugeschnitten, daß eine Warenbezeichnung in den Verwechslungsbereich eines Vergleichszeichens erst dann gerate, wenn es von ihm einen geringeren Abstand als weitere Konkurrenzzeichen einhält.
Auch die im Schrifttum [51] bisweilen vertretene Auffassung, daß der Abstandsgrundsatz eine zu schematische und mathematische Betrachtungsweise darstelle, wurzelt in jener unrichtigen Vorstellung. Aus ihrer Sicht träfe dieser Vorwurf zwar voll zu. Gegenüber dem wahren Inhalt der Abstandsformel ist er jedoch in keiner Weise angebracht. Entgegen der Auffassung von RÜFFER [52] kann eine derartige Beurteilung des Abstandsgrundsatzes auch nicht aus der ARCTUVAN-Entscheidung abgeleitet werden. Zwar stellt hier der BGH in einer etwas schematisch wirkenden Formulierung fest, daß sich die Schwächung, die ein Zeichen durch benachbarte Kennzeichen erfährt, auf alle Vergleichszeichen in gleicher Weise auswirkt. [53] Damit bringt er letztlich aber nur zum Ausdruck,

---

50) BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG, Anm. 67; BUSSE, § 31 Anm. 3 A II d; BACHEM, S. 92; BECHER GRUR 1961,120 (126); RÜFFER, S. 50 und GRUR 1961, 212 (217);

51) Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, § 31 WZG Anm. 69; RUFFER, S. 50 und GRUR 1961,212 (218);

52) RUFFER, S. 49 ff. Bereits RÜFFER's Ausgangsthese, die ARCTUVAN-Entscheidung lasse erkennen, daß der BGH mit dem Abstandsgrundsatz eine vom Begriff der Verwechslungsgefahr im Verkehr unabhängige Regel zur Abgrenzung des Schutzbereiches abgeschwächter Zeichen geschaffen habe, trifft nicht zu.
Vgl. hierzu oben S. 42/43.

53) GRUR 1955,415 (417);

daß eine Verwechslungsgefahr auch dann nicht in Betracht kommt, wenn irgendein Vergleichszeichen im Verhältnis zum abgeschwächten Ausgangszeichen den die Schwächung herbeiführenden Abstand der Drittkennzeichen - in gleicher Weise - aufweist. Dieser Grundsatz kann nun wirklich nicht als schematisch oder mathematisch bezeichnet werden. Die Abstandsformel setzt einen Abschwächungstatbestand mit Verkehrsgewöhnung voraus und ist auf diese Weise mit den Umständen des jeweiligen Einzelfalles auf das engste verknüpft. Ihre Aussage entspricht der lebendigen Verkehrsauffassung.

Die Erörterungen haben ergeben:

Der Abstandsformel kommt keine die Verwechslungsgefahr bejahende, sondern lediglich eine sie verneinende Aussage zu. Nach ihrem Inhalt ist die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr insoweit nicht gegeben, als die angegriffene Warenbezeichnung im Verhältnis zu dem abgeschwächten Klage- oder Widerspruchszeichen den die Schwächung herbeiführenden Abstand bzw. Ähnlichkeitsgrad der Drittkennzeichen aufweist.

Mit dem Abstandsgrundsatz kann eine Verwechslungsgefahr demnach nicht generell, sondern lediglich nach der von der Abschwächung betroffenen Wirkungsrichtung der Kennzeichnungskraft verneint werden. Allein insoweit kommt es auf eine Abstandsgleichheit, d.h. Abstände gleicher Art und Größe an.

Hält ein Vergleichszeichen im Verhältnis zum abgeschwächten Ausgangszeichen einen geringeren Abstand als die schwächenden Drittkennzeichen ein, so scheidet eine Heranziehung des Abstandsgrundsatzes zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr aus.

Hier gilt es gesondert zu prüfen, ob durch die kennzeichnungskräftigen Restbestandteile der sich gegenüberstehenden Warenbezeichnungen die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr begründet wird. In diesem Zusammenhang gewährt die Abschwächung der Kennzeichnungskraft allein einen Anhalt dafür, daß die Verwechslungsgefahr bei genügender sonstiger Unterscheidbarkeit zu verneinen ist.

§ 3 Abstandsgrundsatz und Verwechslungsgefahr im engeren und weiteren Sinn.

Im Anschluß an den vorstehend herausgearbeiteten Inhalt der Abstandsformel ist nun noch der Frage nachzugehen, ob dieser Abstandsgrundsatz zur Beurteilung aller Formen der Verwechslungsgefahr herangezogen werden kann.

1) Abstandsgrundsatz und Verwechslungsgefahr im engeren Sinn

a) Zeichenverwechslungsgefahr

Wie bereits mehrfach dargetan, setzt der Abstandsgrundsatz einen Abschwächungstatbestand, d.h. eine Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft voraus. Da nun sogar seine Aussage durch den die Schwächung herbeiführenden Abstand bzw. Ähnlichkeitsgrad der Drittkennzeichen bestimmt wird, kommt es auch allein auf den Abschwächungstatbestand an, ob der Abstandsgrundsatz zur Beurteilung einer Verwechslungsgefahr im engeren oder im weiteren Sinn herangezogen werden kann. Erfaßt der Abschwächungstatbestand die Grundlage einer Zeichenverwechslungsgefahr, also die bildliche, klangliche oder begriffliche Wirkungsrichtung der Kennzeichnungskraft

einer Warenbezeichnung, so ist der Abstandsgrundsatz in diesem Verwechslungsbereich anwendbar. Unter den bereits aufgezeigten Voraussetzungen tritt die erforderliche Zeichenschwäche auch tatsächlich ein. [54]

b) Betriebsverwechslungsgefahr ohne Zeichenverwechslung

Ein die Grundlage der Betriebsverwechslungsgefahr abgebender selbständig kennzeichnender Zeichenteil [55] ist ebenfalls der Beeinträchtigung durch Drittkennzeichen ausgesetzt. [56] Hat er im Einzelfall seine herkunftshinweisende Wirkung eingebüßt, so kann der Abstandsgrundsatz zur Beurteilung einer Betriebsverwechslungsgefahr herangezogen werden. [57] Für diese Verwechslungsform ist kein Raum, wenn die angegriffene Warenbezeichnung im Verhältnis zu dem derart abgeschwächten Klage- oder Widerspruchszeichen den die Schwächung herbeiführenden Abstand bzw. Ähnlichkeitsgrad der Drittkennzeichen, d.h. den gleichen oder wesensgleichen Zeichenteil aufweist.

Besteht das angegriffene Warenzeichen einzig und allein aus dem abgeschwächten Zeichenteil des Klage- oder Widerspruchszeichens, [58] so ist jene Abstandsgleichheit freilich nicht gegeben. Das Deutsche Patentamt geht in derartigen Fällen daher zu Recht

---

54) Siehe oben Seite 46 ff.
55) Siehe oben Seite 10
56) Siehe oben Seite 54 ff.
57) Vgl. u.a. E 2b BS DPA v. 20.12.55 Mitt.1956, 87 -Silvaphyll-; v. 10.7.57 Mitt. 1957,193 -DIAL-; E 2a BS v. 15.1.58 Mitt. 1958,31 -LINO-; BGH GRUR 1959,420 (422) -Opal-;
58) Vgl. E 2b BS DPA v. 12.12.55 Mitt. 1956,131 -Multistrophan-; v. 22.7.57 Mitt. 1958,31 -Pantophyll-; v. 26.6.58 Mitt. 1959,35 -Sunlight-; MIOSGA, Warenzeichenrecht S.45, 46

von einer Betriebsverwechslungsgefahr aus. [59] Ist beispielsweise der selbständig kennzeichnende Zeichenbestandteil "Panto" des Warenzeichens "Pantophyll" durch entsprechende Drittkennzeichen abgeschwächt, so wird eine Betriebsverwechslungsgefahr zwar nicht durch weitere Panto-Zeichen, wohl aber durch das Zeichen "Panto" hervorgerufen. [60]

2) Abstandsgrundsatz und Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn.

Die kennzeichnende Wirkung einer zur Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn führenden Ähnlichkeit [61] zweier Warenbezeichnungen ist ebenfalls keine konstante Größe. Auch sie kann untergehen, wenn im Verkehr mehrere Drittkennzeichen benutzt werden, die im Verhältnis zum Ausgangszeichen die gleiche Ähnlichkeit besitzen. Ist ein Verlust dieser kennzeichnenden Wirkung festzustellen, so kann der Abstandsgrundsatz selbst dann Verwendung finden, wenn geprüft werden soll, ob die Ähnlichkeit der Warenbezeichnungen die Gefahr einer Verwechslung im weiteren Sinn hervorruft. [62] Eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn ist mit dem Abstandsgrundsatz zu verneinen, wenn die angegriffene Warenbezeichnung im Verhältnis zu dem derart abgeschwächten Klage- oder Widerspruchszeichen den die Schwächung herbeiführenden Ähnlichkeitsgrad der Drittkennzeichen aufweist.

---

59). Vgl. Anm. 58
60) Vgl. E 2b BS v. 22.7.57 Mitt. 1958,31
61) Siehe oben Seite 11/12
62) In den BGH-Entscheidungen GRUR 1954,192 (195) -Dreiring- und GRUR 1957,275 (277) -Star-Revue- klingt diese Auffassung ebenfalls an.

FÜNFTES KAPITEL :

Praktische Handhabung der Abstandstheorie

§ 1 Die Abstandstheorie im Kollisionsprozeß

1) Allgemeines

Die Abschwächung der Kennzeichnungskraft einer Warenbezeichnung durch Drittkennzeichen und damit der Abstandsgrundsatz stellen einen Ausnahmetatbestand dar. [1] Soweit nicht von Natur aus schwache Warenbezeichnungen vorliegen, ist in jedem Kollisionsprozeß von einer normalen Kennzeichnungskraft der Vergleichszeichen auszugehen. Dies gilt auch dann, wenn sich der Inhaber der angegriffenen Kennzeichnung auf eine Abschwächung der Unterscheidungskraft des Klagezeichens berufen hat. Denn ist die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr bereits bei unterstellter normaler Kennzeichnungskraft zu verneinen, so ist der Abschwächungseinwand und somit die Abstandstheorie in diesem Verletzungsstreit ohne jegliche Bedeutung. [2] Der Schutzbereich des Klagezeichens ist ja nur insoweit abzugrenzen, als dies für die Beurteilung der Gefahr von Verwechslungen mit der jeweiligen Verletzungsform erforderlich ist. [3] Der Abschwächungseinwand verdient demnach nur dann Beachtung, wenn bei unterstellter normaler Kennzeichnungskraft die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr vorliegt.

2) Schlüssigkeit des Abschwächungseinwandes

Ist eine Verwechslungsgefahr bei unterstellter

1) BGH GRUR 1955,579 (582) -sunpearl-;
2) Vgl. BGH GRUR 1952,419 (421) -Gumax-; OLG München in BGH GRUR 1962,241 -LUTIN-; MIOSGA, Mitt. 1958,185;
3) BGH GRUR 1964,140 -Odol-Flasche-;

normaler Kennzeichnungskraft des Klagezeichens gegeben und besteht über die Abschwächung der Kennzeichnungskraft Streit, [4] so ist die Beeinträchtigung von dem die Schwächung einwendenden Inhaber der angegriffenen Warenbezeichnung substantiiert darzulegen (Darlegungspflicht). [5] Entsprechend dem unter 1) aufgezeigten Grundsatz über die Abgrenzung des Schutzbereiches einer Warenbezeichnung hat der Darlegungspflichtige die Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft des Anspruchszeichens aber nur insoweit darzutun, als dies zur Verneinung der Gefahr von Verwechslungen auf Grund seiner Kennzeichnung notwendig ist. Es ist demnach in jedem Kollisionsfalle erforderlich aber auch genügend, die für die Anwendbarkeit des Abstandsgrundsatzes benötigte Schwächung der Kennzeichnungskraft des Klagezeichens vorzutragen. Mit anderen Worten, der Inhaber der angegriffenen Warenbezeichnung muß schlüssig aufzeigen, daß das bei unterstellter normaler Kennzeichnungskraft der Streitzeichen eine Verwechslungsgefahr begründende Merkmal auch in Drittkennzeichen anzutreffen ist und sich der weitaus überwiegende Teil der beteiligten Verkehrskreise bereits an diese Marktverhältnisse gewöhnt hat. Hier gilt es also den für eine Kennzeichenschwächung erforderlichen Tatbestand [6] darzulegen.

Der Darlegungspflichtige hat demnach zunächst Drittkennzeichen zu benennen, die im Verhältnis zum Klagezeichen den gleichen Abstand bzw. Ähnlich-

---

4) Die Darlegungspflicht kommt nicht zum Zuge, wenn der klagende Zeicheninhaber selbst vorträgt, daß eine Schwächung eingetreten ist. Die Tatsache der Schwächung gehört hier zum unstreitigen Sachverhalt; vgl. BGH GRUR 1958, 81 (82) -Thymopect -;

5) Vgl. u.a. BGH GRUR 1956,179 (182) -Ettaler Klosterliqueur-; 1957,287 -Plasticummännchen-; 1960,186 (188) -Arctos-; 1962,647 (649) -Strumpf-Zentrale-;

6) Vgl. oben Seite 46 ff.

keitsgrad wie seine angegriffene Warenbezeichnung aufweisen. Als schwächende Konkurrenzzeichen kommen dabei eingetragene Warenzeichen, benutzte Zeichen ohne Registrierung, Ausstattungen, Firmen und Geschäftsbezeichnungen in Betracht. [7] Im Hinblick auf die behauptete Verkehrsgewöhnung sind im Normalfall fünf bis sieben, bei Kennzeichen für hochwertige oder auf Fachleute zugeschnittene Waren mindestens drei Drittkennzeichen aufzuzählen. [8] Weiter ist darzutun, daß diese Kennzeichen bereits seit mehreren Jahren [9] in einem den beteiligten Verkehrskreisen gar nicht zu entgehenden Maße benutzt werden [10] und im ganzen Bundesgebiet Verwendung finden. [11] Schließlich hat der Darlegungspflichtige noch aufzuzeigen, daß die Drittkennzeichen auf dem Warengebiete des Anspruchszeichens oder auf einem ihm derart nahekommenden Gebiete benutzt werden, daß der Verkehr beim Einkauf aus dem einen unwillkürlich mit auf die Kennzeichen achtet, die auf dem anderen in Gebrauch sind. [12]

Ist zwischen den Streitzeichen, bei unterstellter normaler Kennzeichnungskraft, eine Verwechslungsgefahr in mehrfacher Beziehung anzunehmen - z.B. in klanglicher und bildlicher Hinsicht -, so hat der Inhaber der angegriffenen Kennzeichnung die Abschwächung der betreffenden Wirkungsrichtungen der Kennzeichnungskraft voneinander unabhängig und getrennt darzulegen. [13]

Nach dem Gesagten darf die Abschwächung der Kennzeichnungskraft also nicht gleichsam "ins Blaue hinein" [14] behauptet werden. Der Abschwächungs-

---

7) Vgl. oben Seite 49 ff.
8) Vgl. oben Seite 68 ff.
9) Vgl. oben Seite 73
10) Vgl. oben Seite 66 ff.
11) Vgl. oben Seite 74 ff.
12) Vgl. oben Seite 76 ff.
13) Vgl. oben Seite 53
14) So der BGH in GRUR 1960, 186 (188) -Arctos- betr. Verkehrsdurchsetzung;

einwand erfordert eine auf sorgfältigen Recherchen beruhende schlüssige tatsächliche Darlegung. Dabei ist auf den Zeitpunkt der Entscheidung abzustellen. [15] Eine nur wahrscheinlich gemachte künftige Entwicklung kann keine Berücksichtigung finden. Andererseits darf auch nicht etwa lediglich auf den in einem früheren Rechtsstreit erbrachten Schwächungsnachweis hingewiesen werden. [16] Hier gilt es zu beachten, daß die Kennzeichnungskraft der betreffenden Warenbezeichnung in der Zwischenzeit möglicherweise erstarkt ist. Die Zurückgewinnung der normalen Kennzeichnungskraft liegt durchaus im Bereich des Möglichen und vollzieht sich einmal dann, wenn die abschwächenden Konkurrenzzeichen im Verkehr nicht mehr in Gebrauch sind. [17] Unabhängig hiervon wird die Zeichenschwäche außerdem aber auch dadurch überwunden, daß es dem Zeicheninhaber gelingt, sein Zeichen so durchzusetzen, daß es im Verkehr als das bekannte Zeichen dieser Art angesehen wird. [18]

2) Beweislast

Die sich auf die Abschwächung der Kennzeichnungskraft des Gegenzeichens berufende Partei ist für den Abschwächungstatbestand nicht nur darlegungs-, sondern auch in vollem Umfang beweispflichtig. [19]

15) Vgl. E 2b BS DPA v. 1.9.58 Mitt. 1959,14; v. 28.5.57 Mitt. 1957,141; BGH GRUR 1963,626 (628) -Sunsweet-;

16) Das von MIOSGA, Verwechslungsgefahr, S. 117 ff., geschaffene Verzeichnis verbrauchter Motive sowie verbrauchter Stamm- und Endbestandteile ist daher mit besonderer Vorsicht zu behandeln.

17) RÜFFER, GRUR 1961,212 (222); MIOSGA, Mitt.1958, 185 (187);

18) Vgl. u.a. BGH GRUR 1952,419 (420) -Gumax-; 1958, 141 (143) -Spiegel der Woche-; LG Hamburg GRUR 1956,329 (330) -Rotsiegel-; SCHMIEDER, S. 48; vgl. auch E 2b BS DPA v. 1.2.1955 Mitt.1955,23;

19) Vgl. u.a. BGH GRUR 1955,579 (582) -sunpearl-; 1956,179 (182) -Ettaler Klosterliqueur-; 1957, 125 (127) -Troika-; 1959,420 (421) -Opal-; 1962,647 (649) -Strumpf-Zentrale-;

Das RG [20] hat zwar dem Inhaber des angeblich geschwächten Klagezeichens den negativen Beweis aufgebürdet, daß die entgegengehaltenen Drittkennzeichen sämtlich oder zum größten Teil nicht in den Verkehr gelangt sind. Diese bereits von OSTERRIED, [21] WEDEKIND [22] und REIMER [23] bekämpfte Rechtsprechung hat der BGH aber zu Recht nicht übernommen. Das RG hat in der Tat übersehen, daß die Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft eines Warenzeichens durch Drittkennzeichen einen Ausnahmetatbestand darstellt, den nach allgemeiner Beweisregel derjenige beweisen muß, der sich auf ihn berufen hat. Auch kann entgegen seiner Ansicht nicht davon ausgegangen werden, daß die Eintragung eines Warenzeichens in der Zeichenrolle eine Vermutung für dessen Gebrauch begründet. Wie die Praxis zeigt, werden die meisten eingetragenen Warenzeichen im Verkehr ja gar nicht benutzt. [24] Die Auffassung des RG beachtet außerdem nicht, daß hier der Inhaber des angeblich geschwächten Zeichens den vielfach kaum zu erbringenden Beweis für ein Negativum führen müßte. [25]

Die beweispflichtige Partei hat unter Benennung der Beweismittel den Beweis für den behaupteten Abschwächungstatbestand anzutreten (formelle Beweislast oder Beweisführungslast) [26] und die Folgen der Beweislosigkeit einer tatsächlichen Behauptung zu tragen (materielle Beweislast oder Feststellungslast). [26]

---

20) MuW 1922/23, 108 (110) -Stern v. Hamburg-;
21) JW 1924,186
22) GRUR 1928,677 (678)
23) MuW 1930,344 (348); GRUR 1931,447 (462); vgl. auch FREUND-MAGNUS-JÜNGEL, S. 645
24) MIOSGA, Warenzeichenrecht, S. 1
25) So bereits OSTERRIED JW 1924,186
26) Siehe ROSENBERG, § 114 S. 555/56

§ 2 Die Abstandstheorie im Widerspruchsverfahren

Die Abstandstheorie ist auch im Widerspruchsverfahren anwendbar. Sie setzt zwar einen bestimmten wettbewerblichen Sachverhalt (Abschwächungstatbestand) voraus; es ist aber allgemein anerkannt, daß der Wettbewerbstatbestand im Widerspruchsverfahren Berücksichtigung finden kann. [27] Ungeklärt jedoch ist, inwieweit sich in diesem Zusammenhang der Umstand auswirkt, daß das Widerspruchsverfahren vor einer Verwaltungsbehörde [28] (Deutsches Patentamt) abläuft und im Beschwerdefall von einem Verwaltungsgericht [28] (Bundespatentgericht) entschieden wird.

1) Widerspruchsverfahren vor dem Deutschen Patentamt

Das Verfahren vor einer Verwaltungsbehörde wird im Gegensatz zum Zivilprozeß nicht von dem Verhandlungs-, sondern von dem Untersuchungsgrundsatz beherrscht. [29] Das Deutsche Patentamt ist hiernach verpflichtet, alle für eine richtige rechtliche Beurteilung notwendigen Tatsachen zusammenzutragen und einen offenkundigen oder amtsbekannten Abschwächungstatbestand zu berücksichtigen.

Die Pflicht zur Sachverhaltserforschung besteht aber nicht schrankenlos. Im Verfahren vor dem

---

27) Vgl. BGHZ 39,266 (269) m.w.N.; TETZNER, § 5 RdNr. 42; MIOSGA, MA 1956,337 (339,340);
28) MIOSGA, Warenzeichenrecht, S. 178
29) Vgl. TUREGG-KRAUS, S. 281/282. Für das Deutsche Patentamt: §§ 12 Abs. 1 WZG, 33 Abs. 1 PatG. Im Schrifttum (vgl. MIOSGA MA 1956,337 (344); 392 (394), UTESCHER, GRUR 1965,188) findet anstelle des Begriffes Untersuchungsgrundsatz auch der eigentlich etwas anders besagende Ausdruck Offizialmaxime Verwendung. Vgl. auch § 41 b PatG.

Deutschen Patentamt haben die Beteiligten ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben (§§ 12 Abs. 1 WZG, 44 PatG). Die Pflicht des Deutschen Patentamtes, den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln, findet ihre Grenze demnach dort, wo die Mitwirkungspflicht der Beteiligten einsetzt. [30] Das Deutsche Patentamt ist daher nicht verpflichtet, von sich aus in jedem Einzelfall nach einer Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft des Widerspruchszeichens zu forschen. [31] Es ist Sache der Beteiligten, im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht einen Abschwächungstatbestand schlüssig und substantiiert vorzutragen. [32] Ist die Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft des Widerspruchszeichens aber derart dargetan, so hat das Deutsche Patentamt die einzelnen Angaben nachzuprüfen und, soweit erforderlich, auch eingehende Ermittlungen anzustellen. SCHLÜTER [33] und MIOSGA [34] ist zwar zuzugeben, daß das Widerspruchsverfahren auf eine Massenerledigung ausgerichtet ist und rasch und ohne umfangreiche Beweiserhebungen durchgeführt werden sollte. Dieses Streben darf jedoch nicht zu Lasten der richtigen Entscheidung gehen und dazu führen, daß die Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft des Widerspruchszeichens nur dann zu berücksichtigen

---

30) Vgl. BVerwG DVBl. 1964,192; 1964,193, das diese Beschränkung des Untersuchungsgrundsatzes für den Verwaltungsgerichtsprozeß aus dem über § 173 VwGO anwendbaren § 138 Abs. 1 ZPO entwickelt hat. § 44 PatG stimmt mit § 138 Abs.1 ZPO aber fast wörtlich überein. Siehe auch die noch nicht rechtskräftigen Entscheidungen des 4. Senats des BPatG v. 27.4.64 - Mitt.1965, 71 (74) - und v. 18.1.65 - Mitt. 1965,110 (112) - zu § 44 PatG, der nach seinem Wortlaut auch das Verfahren vor dem Patentamt umfaßt.

31) Der BGH - Rechtsbeschwerdeinstanz- läßt dies bislang offen. Vgl. BGHZ 39,266 (272) -Sunsweet-; BGH GRUR 1965,183 (186) -Kaloderma-;

32) Vgl. MIOSGA MA 1956,392 (396); siehe auch die unter Anm. 30 genannten Entscheidungen des 4. Senats des BPatG;

33) MA 1964,83 (95);

34) MA 1956,337 (344);

ist, wenn sie ohne eingehende Ermittlungen festgestellt werden kann. Denn bleibt der geltend gemachte Abschwächungstatbestand im Widerspruchsverfahren als nicht ohne weitere Ermittlungen klärbar unbeachtet, so ist dem unterlegenen Anmelder der Weg zur Zeichenrolle bereits endgültig versperrt. Das ordentliche Gericht ist im Streit über das Eintragungsbewilligungsbegehren (§ 6 Abs. 2 WZG) des im Widerspruchsverfahren unterlegenen Anmelders an die dort getroffene Feststellung der Zeichenübereinstimmung gebunden. [35] Dies aber hat zur Folge, daß der geltend gemachte Abschwächungstatbestand auch hier nicht berücksichtigt werden kann.

2) Widerspruchsverfahren vor dem Bundespatentgericht

Das zweitinstanzliche und verwaltungsgerichtliche Verfahren gleicht dem vor dem Deutschen Patentamt. Das Patentgericht erforscht den Sachverhalt ebenfalls von Amts wegen (§§ 13 Abs. 3 WZG, 41b Abs. 1 PatG) und die Beteiligten haben auch hier ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben (§§ 13 Abs. 3 WZG, 44 PatG). Die Ermittlungspflicht des Patentgerichtes setzt also erst dann ein, wenn ein Abschwächungstatbestand schlüssig und substantiiert vorgetragen ist. [36] Aus den bekannten Gründen sind in diesem Falle aber selbst eingehende und umfangreiche Ermittlungen anzustellen.

Von einer Darlegungs- und Beweislast sollte im Widerspruchsverfahren allerdings nicht gesprochen

35) Vgl. u.a. BGHZ 37,107 -Germataler Sprudel - m.w.N.
36) Vgl. insb. die Entsch. des 4. Senats des BPatG in Anm. 30;

werden. [37] Der Ausdruck Darlegungspflicht ist dem Verhandlungsgrundsatz zugeordnet und wie der Begriff der formellen Beweislast (Beweisführungslast) mit dem Untersuchungsgrundsatz unvereinbar. [38] In den von diesem Grundsatz beherrschten Verfahren kommt allein den Begriffen Mitwirkungspflicht und materielle Beweislast (Feststellungslast) [39] Bedeutung zu.

§ 3 Schlußbetrachtung

Das Wissen um die rechtliche Qualifikation undden Inhalt der Abstandstheorie sowie die Kenntnis der Voraussetzungen des Abschwächungstatbestandes kommen nicht nur dem Inhaber einer angegriffenen Warenbezeichnung, sondern letztlich jedem Kennzeicheninhaber und Zeicheninteressenten zugute. Die Abstandstheorie ist für den Inhaber einer Warenbezeichnungmit normaler Kennzeichnungskraft ja insofern von Bedeutung, als sie ihm die Folgen einer unterbliebenen Zeichenverteidigung aufzeigt und ihn dadurch zur ständigen Verteidigung seiner Kennzeichnung anhält. In diesem Zusammenhang spielen dann auch die Voraussetzungen des Abschwächungstatbestandes eine Rolle. Sie zeigen dem Zeicheninhaber an, bei welcher Sachlage ein Einschreiten geboten oder dringend erforderlich ist.

Darüber hinaus verdient die Abstandstheorie auch bereits bei der Kennzeichenwahl Beachtung. Sie ermöglicht eine Überprüfung der Kennzeichnungskraft und des Schutzbereiches der zur Auswahl stehenden Kennzeichenentwürfe und trägt somit zur Vermeidung unrichtiger Dispositionen des Zeicheninteressenten bei. Ist nämlich ein neues Kennzeichen auf

---

37) Vgl. MIOSGA MA 1956,392 (396); unrichtig: BPatGerE 5,68 (69); 5,172 (175);
38) Vgl. MIOSGA a.a.O.; für formelle Beweislast: vgl. u.a. SCHLÜTER MA 1965,147 (157); BENKARD, § 41 b PatG Anm.8; für Darlegungspflicht: ROSENBERG, § 114, S. 556;
39) Statt vieler: BVerwG DVBl. 1960,678 (679); BENKARD, a.a.O.;

Grund seiner Beschaffenheit in die Reihe der einen Abschwächungstatbestand bereits bildenden oder gerade aufbauenden Konkurrenzzeichen einzuordnen, so kommt ihm ebenfalls nur eine abgeschwächte Kennzeichnungskraft zu, bzw. ist eine Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft in absehbarer Zeit zu erwarten. Der nach einer Warenbezeichnung mit normaler Kennzeichnungskraft strebende Zeicheninteressent hat daher bei der Zeichenbildung die auf dem betreffenden Warengebiet bereits abgeschwächten oder in einen Schwächungsprozeß verwickelten Zeichenelemente zu beachten.

Die Bedeutung der Abstandstheorie ist letztlich aber nicht einmal auf das Gebiet des Warenzeichenrechts beschränkt. Eine Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft ist auch im Bereich der geschäftlichen Bezeichnungen des § 16 UWG denkbar und Abschwächungstatbestand sowie Abstandsgrundsatz besitzen hier ebenfalls Gültigkeit. [40)]

Es dürfte nach allem erwiesen sein, daß die Abstandstheorie nicht nur in rechtsdogmatischer Sicht Bedeutung besitzt, sondern auch in der Praxis geeignet ist, die Lösung anstehender Fälle zu erleichtern.

---

40) Vgl. u.a. BGH GRUR 1955,95 (96) -Buchgemeinschaft- (Firma); 1957,275 (276) -Star-Revue- (Titel); 1957,281 (282) -Karo-as- (Geschäftsbezeichnung); 1957,561 (563) -Rei-Chemie- (Firma); 1958,141 (143) -Spiegel der Woche- (Titel);

L e b e n s l a u f :

Am 11. August 1938 wurde ich als Sohn des Dozenten Dr. Hans Sperber und seiner Ehefrau Lotte, geb. Feldmeyer, in Sulzbach-Rosenberg geboren. Dort besuchte ich von Herbst 1944 bis zum Sommer 1948 die Volksschule und anschließend 6 Klassen Oberrealschule.

Nach dem Umzug meiner Familie nach Bayreuth legte ich hier im Juni 1957 die Reifeprüfung ab.

Mein Rechtsstudium führte mich über die Universitäten Frankfurt/Main und München an die Universität Erlangen. Im Frühjahr 1962 bestand ich hier das Referendarexamen.

Seit dem 1.3.1962 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst der Rechtsreferendare.

Vom 1.1. bis 1.9.1965 verschaffte ich mir in einer auf Wettbewerbsrecht spezialisierten Rechtsanwaltskanzlei in Frankfurt/Main einen Einblick in die Praxis.

Offsetdruck - Fotodruck
Josef Hogl
8520 Erlangen, Brüxerstraße 9, (Nähe Röthelheimbad,) Tel. 15336

Offsetdruck - Fotodruck
- J. Hogl, Erlangen, Brüxer Straße 9, (Nähe Röthelheimbad) Telefon 15336 -